

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 38 – Numéro 2

Année : 2007-2008

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/>

Page vide laissée intentionnellement.

LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES	291
Par Kim DÉSILETS	
LA LIBERTÉ DE TESTER : ÉVOLUTION ET RÉVOLUTION DANS LES REPRÉSENTATIONS DE LA DOCTRINE QUÉBÉCOISE.....	339
Par Christine MORIN	
LES INCERTITUDES JURIDIQUES DE L'IDENTITÉ RELIGIEUSE	385
Par Vincente FORTIER	
LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES : L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES DANS LA CHARTE QUÉBÉCOISE.....	413
Par Mélanie SAMSON	
LA GESTION ÉCONOMIQUE DE L'EAU SOUTERRAINE PAR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ AU QUÉBEC.....	483
Par Hugo TREMBLAY	
EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES EN ARBITRAGE IMPLIQUANT LES SOCIÉTÉS EN GROUPEMENT	541
Par Amissi MANIRABONA	
LES NOUVEAUX ALINÉAS 258(1) C) ET D) DU CODE CRIMINEL : PROBLÈME DE CONSTITUTIONNALITÉ?	577
Par Pierre PATENAUDE	
DROIT CONSTITUTIONNEL: PRINCIPES FONDAMENTAUX	595
Par Marie-Pierre ROBERT	
DROIT PRIVÉ COMPARÉ.....	599
Par Yaëll EMERICH	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES

Auteur(s) : Kim DÉSILETS

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : 291-338

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LE MANDAT EN CAS D'INAPTITUDE : LA RÉCONCILIATION DES IDÉES

par Kim DÉSILETS^{*}

Depuis sa création, le mandat en cas d'incapacité a suscité plusieurs interrogations quant à son application. En effet, la controverse entourant la nature juridique du mandat donné en prévision de l'incapacité constitue toujours un débat d'actualité. Constitue-t-il un véritable régime de protection ou un contrat? Ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'entendent sur ce point. Pourtant, les récents développements jurisprudentiels démontrent une tendance vers la thèse contractuelle. Si cette tendance devait se maintenir, l'intervention du législateur demeure souhaitable afin de combler les vides juridiques existants dans le Code civil du Québec au chapitre du mandat donné en prévision de l'incapacité.

Since their introduction, mandates given in anticipation of the mandator's incapacity have given rise to certain interrogations regarding their application. The juridical nature of this type of mandate is an ongoing subject of debate. Is it a form of protective supervision or is it basically a contract? Legal writers and court decisions offer contradictory points of view. Nevertheless, a study of recent jurisprudence appears to suggest a preference for the contractual thesis. If indeed this trend persists, the writer proposes that legislation be passed in order to correct certain lacunae in the Civil Code chapter dealing with mandates given in anticipation of incapacity.

^{*}. LL.B., LL.M., avocate, professionnelle de recherche et chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	293
A- LA NATURE JURIDIQUE DU MANDAT EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE : UNE PROBLÉMATIQUE EN VOIE DE RÉOLUTION	294
1) Le mandat en cas d'incapacité : un régime de protection?.....	296
i) Les arguments juridiques	297
ii) Les conséquences reliées à la thèse du régime de protection	301
2) La thèse contractuelle : la solution?.....	303
i) Les arguments juridiques	304
ii) Les conséquences reliées à la thèse contractuelle	308
B- VERS UNE NOUVELLE VISION DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INAPTITUDE	312
1) La voie à privilégier	312
i) Le mandat donné en prévision de l'incapacité : une institution inconnue.....	313
ii) La consolidation du mandat en prévision de l'incapacité par la jurisprudence.....	319
2) Une institution à améliorer	325
i) Les vides juridiques	325
ii) La voie notariale	332
CONCLUSION	336

INTRODUCTION

Le vieillissement démographique entraîne l'augmentation de la fréquence de maladies dégénératives comme l'Alzheimer¹. Devant cette réalité, des groupes de personnes âgées ont demandé au gouvernement la mise sur pied d'un régime leur permettant de prévoir à l'avance la gestion de leurs affaires et du bien-être de leur personne advenant leur incapacité². Ainsi, en 1989, le législateur a adopté la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*³. Cette loi introduisait au *Code civil du Bas-Canada* les dispositions législatives concernant le mandat donné en prévision de l'incapacité.

Le mandat en cas d'incapacité constitue un acte juridique permettant à une personne d'organiser, alors qu'elle est encore apte à le faire, la gestion de ses biens et la protection de sa

-
1. Pierre J. Durand, «La démence et la maladie d'Alzheimer : le malade, sa famille et la société» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Le droit des personnes incapables* (1992), Cowansville, Yvon Blais, 1992, 19 à la p. 19.
 2. Voir notamment les commentaires de Jean Lambert dans Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, «Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations» dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, no 6, (8 novembre 1988) à la p. SCI-261 [Lambert, «Consultation générale»] et les auteurs Jean Pineau et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2001 [Pineau et Gaudet] (Les auteurs soutiennent que les régimes de protection au majeur doivent être revus en entier en raison du non respect des droits fondamentaux de la personne : «Il s'avérerait urgent d'intervenir dans le cercle médico-hospitalier et celui de la curatelle publique, afin de mettre un terme à un désordre certain et à certains abus flagrants: il fallait mettre un peu moins d'intervention étatique et bureaucratique dans le «gouvernement» des régimes d'incapacités, un peu plus d'entourage familial ou amical, ainsi qu'un contrôle judiciaire sur lequel le Projet de loi 20 insistait énergiquement, destiné à préserver des droits fondamentaux qui n'avaient pas toujours été respectés» à la p. 236, n.112.1).
 3. *Loi sur curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54 [Loi sur le curateur public].

personne en prévision de son incapacité⁴. Elle peut identifier à l'avance qui s'occupera de la gestion de ses biens et de son bien-être et quels pouvoirs elle accorde à cette personne. Le législateur a donc voulu créer une institution juridique utile et efficace comme mode d'organisation de ses affaires.

Ceci étant, le mandat en cas d'incapacité est victime d'une crise d'identité profonde depuis sa création en 1989. En effet, un débat entoure sa véritable nature juridique. Est-ce un contrat ou un régime de protection? Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il y a encore incertitude sur la question. Les conséquences juridiques sont bien différentes, que l'on considère le mandat en cas d'incapacité comme un contrat ou comme un régime de protection.

De plus, la mise en œuvre du mandat donné en prévision de l'incapacité ne garantit pas une protection à toute épreuve pour le mandant. Une étude approfondie de ses règles juridiques démontre que le mandant est insuffisamment protégé une fois qu'il est devenu inapte. Une intervention rapide du législateur est souhaitable à cet égard. Même si plusieurs problèmes découlent de la création du mandat en cas d'incapacité, un intérêt particulier doit être porté à cette institution permettant de concrétiser les dernières volontés d'une personne lors de son incapacité.

A- LA NATURE JURIDIQUE DU MANDAT EN PRÉVISION DE L'INCAPACITÉ : UNE PROBLÉMATIQUE EN VOIE DE RÉOLUTION

La nature juridique du mandat en cas d'incapacité constitue un débat juridique d'actualité. En effet, le processus d'identification de cette nouvelle institution juridique existe depuis sa création en 1989. D'une part, certains considèrent le mandat donné en prévision de l'incapacité comme un régime de

4. Michel Beauchamp, «Le mandat en cas d'incapacité : crise d'identité?» (2005) 1 C.P. du N. 335 à la p. 342 [Beauchamp].

protection⁵. D'autre part, quelques-uns⁶ soutiennent que le mandat donné en prévision de l'incapacité constitue un contrat.

La thèse retenue dépend du système de valeurs défendu. Si plusieurs associent le mandat en cas d'incapacité aux régimes de

-
5. Voir par ex. Monique Ouellette, «La Loi sur le Curateur public et la protection des incapables» (1989) C.P. du N. 108 à la p. 138; Claude Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans *La Réforme du Code civil*, t.2, Ste-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1993; Jean Lambert, «La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?* (2001), Cowansville, Yvon Blais, 2001, 83 aux pp. 95-96 [Lambert, «Mandat de protection»]. Concernant la jurisprudence : *M.(L.) c. M.(J.)*, (8 mars 1996), Joliette 700-14-000125-959, J.E. 96-971 (C.S.) [*M. (L.) c. M. (J.)*] («Dans ce contexte, il n'apparaît pas inutile au tribunal de rappeler que, le législateur, en adoptant la nouvelle Loi sur le Curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives (L.Q. 1989, c.54), a judiciarisé le processus de protection du majeur et a fait en sorte que l'ensemble des dispositions soient établies dans l'intérêt du majeur visé par la demande et soient destinées à assurer son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie (art. 256 et suivants et 2166 et suivants C.c.Q.; art. 872, 877 et suivants, 878 et 884.1 et suivants C.p.c.) [nos italiques]» au para. 7). Voir également *B.(M.-P.) c. F.(R.)*, 1999-14637 (C.S.) (REJB) [*B.(M.-P.) c. F.(R.)*] («Quoique l'emplacement respectif de ces dispositions puisse être indicatif de l'intention du législateur, le Tribunal estime beaucoup plus significatif le fait que toutes ces dispositions aient été introduites par la même loi. C'est en même temps qu'il encadre les régimes de protection que le législateur permet à la personne majeure d'organiser son propre régime de protection» au para no 70-71), conf. par 2001-23874 (C.A.) (REJB); *J.P. c. L.B.*, [2001] R.J.Q. 393, (C.A.) (désistement d'appel) [*J.P. c. L.B.*].
 6. *Beauchamp*, supra note 4; *Pineau et Gaudet*, supra note 2; Hélène Brassard, «La loi sur le curateur public : une loi centrée sur la personne», dans Barreau du Québec, *Congrès du Barreau (1991)*, Montréal, 1991, 617 [Brassard]. Voir également *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, (29 janvier 1997), Montréal 500-05-008305-953, J.E. 96-819 (C.S.), inf. par (29 janvier 1997), Montréal 500-09-002233-963, J.E. 97-458 (C.A.) [*Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q.]; *G.(G.) c. B.(J.)*, (25 septembre 1997), Rimouski 100-14-000352-970 et 100-14-000357-979, J.E. 98-215 (C.S.); *Nault c. N. (M.H.)*, (7 juin 1999), Terrebonne (St-Jérôme) 700-14-001290-986, J.E. 99-1446 (C.S.) [*Nault c. N. (M.H.)*]; *L.M. c. T.M.*, (15 octobre 2001), Trois-Rivières 400-14-001199-010, J.E. 2001-2006 (C.S.).

protection, c'est principalement pour protéger le principe du respect de l'autonomie résiduelle de la personne. Pour les autres, le respect du principe de l'autodétermination de la personne s'avère plus important. Pour cette raison, ces derniers le considèrent comme un contrat.

1) Le mandat en cas d'incapacité : un régime de protection?

Le système de protection des personnes majeures inaptes a connu un profond bouleversement lors de l'adoption de la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*⁷. Autant les règles que la philosophie qui sous-tendent le système de protection de ces personnes ont été revues et corrigées. L'encadrement juridique des majeurs inaptes sous le *Code civil du Bas-Canada* faisait l'objet de vives critiques depuis l'essor des droits et libertés de la personne⁸.

Maintenant, les régimes de protection des majeurs⁹ sont beaucoup plus respectueux de la personne et de l'autonomie de cette dernière¹⁰. Un tribunal qui ordonne l'ouverture d'un régime

7. *Loi sur le curateur public*, supra note 3.

8. Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008, à la p. 567, nn. 658 et s [Deleury et Goubau] (En effet, la situation existante sous l'ancien code ne respectait pas l'autonomie résiduelle de la personne : «Le mécanisme de l'interdiction n'offrait aucune souplesse : la personne y était entièrement soumise. C'était tout ou rien. Par conséquent, il était impossible d'obliger une personne à être représentée pour certains actes tout en lui permettant d'être juridiquement autonome pour d'autres actes» à la p. 549, n. 660). Voir également («On reprochait essentiellement au mécanisme d'interdiction automatique (c'est-à-dire au seul fait d'émettre un certificat d'incapacité) de rendre la personne incapable quant à ses biens et à sa personnes, alors que le certificat pouvait être émis sur la simple constatation qu'une personne était incapable d'administrer ses biens. Ce n'est pourtant pas parce qu'une personne ne peut pas administrer ses biens, qu'elle n'a plus la capacité, par exemple, de consentir à des soins ou de les refuser» à la p. 571, n. 662).

9. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art.256 et s [C.c.Q.]

10. *Ibid.* Art.257, 259 (L'article 257 stipule que «[t]oute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé

de protection doit respecter le niveau d'autonomie de la personne et ajuster le régime de protection en fonction de son autonomie résiduelle¹¹.

i) Les arguments juridiques

Lors de la réforme générale sur les régimes de protection, les dispositions concernant le mandat donné en prévision de l'inaptitude ont été introduites au *Code civil du Bas-Canada*¹². Suivant toute cette évolution en matière de protection du majeur inapte, il n'est pas étonnant de constater que le mandat en cas d'inaptitude soit spontanément associé à un régime de protection. D'ailleurs, plusieurs jugements considèrent important le fait que les règles du mandat donné en prévision de l'inaptitude aient été incluses dans une loi plus générale¹³ visant la réforme des régimes de protection.

En matière de régime de protection, la position du législateur est claire : les articles 257 et 259 C.c.Q. spécifient que le respect de l'autonomie résiduelle du majeur devenu inapte est une obligation pour le tribunal. Cependant, il n'existe aucune obligation légale dans ce sens concernant le mandat donné en prévision de l'inaptitude. Alors, si le mandat en cas d'inaptitude

doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie.» Encore plus précis, l'article 259 expose que «[d]ans le choix d'un régime de protection, il est tenu compte du degré d'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens». Voir également les auteurs Deleury et Goubau, *supra* note 8 («Cette réforme s'articule autour de deux idées maîtresses : (1) la protection dans le respect de la personne et (2) le respect de la volonté *et de l'autonomie des individus*. [notes omises] [nos italiques]» à la p. 572 au no 663); Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 («De ce nouvel esprit a découlé ce qu'on pourrait qualifier de protection modulée ou de régimes gradués de protection en fonction du degré d'inaptitude : c'est la relativité de l'incapacité [notes omises]» à la p. 94).

11. *Ibid.*

12. *Loi sur le curateur public*, *supra* note 3 (Par la suite, les règles sur le mandat en cas d'inaptitude ont été transférées au *Code civil du Québec* avec quelques modifications mineures).

13. *Supra* note 5.

accorde des pouvoirs de pleine administration au mandataire et que le mandant n'est que partiellement inapte, le tribunal pourrait tout de même prononcer l'homologation du mandat. Malgré tout, certains jugements et certains auteurs considèrent le mandat en cas d'incapacité comme étant un régime de protection pour lui appliquer le principe du respect de l'autonomie au mandant devenu inapte¹⁴.

Afin de respecter ce principe, le tribunal ne serait pas lié par la demande qui lui est présentée et pourrait fixer le régime approprié au majeur devenu inapte¹⁵. Comme le souligne Me François Dupin, un certain courant de jurisprudence¹⁶ soutient que le juge «[...] s'arroge le pouvoir de révoquer le mandat si les pouvoirs [...] évoqués sont inadéquats par rapport à la situation réelle du mandant. [...] [L]e tribunal (greffier ou juge) [...] jouit d'une discrétion souveraine pour l'approuver par rapport à la situation du majeur vulnérable»¹⁷.

14. *Ibid.*

15. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 aux pp. 101-102.

16. S. c. T., [1997] R.L. 254 (C.S.) [S. c. T] (Il s'agit d'une demande d'homologation de mandat et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. La dernière option est retenue car le mandat ne concorde pas avec l'état de santé de la majeure); B. (M.P.) c. F. (R.), *supra* note 5 (Le mandat n'a pas préséance sur les régimes de protection. Il y a eu un appel et la Cour d'appel a refusé l'homologation en vertu du principe de la sauvegarde de l'autonomie de la personne); G.(R.) c. L. Ga., 2003-49914 (C.S.) (REJB) (Le mandat ne peut être homologué s'il accorde des pouvoirs de pleine administration alors que la mandante est partiellement inapte); A.D. et C.C. (31 mars 2004), Saint-Maurice (Shawinigan) 410-14-000741-043, AZ-50231040, B.E. 2004BE-498 (C.S.) (Il faut que le degré d'incapacité de la personne soit conforme aux pouvoirs accordés dans le mandat (gradation de la protection). Le tribunal doit respecter le degré d'autonomie de la personne).

17. François Dupin, «Les matières non contentieuses» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit civil (2000)*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 59 à la p. 74 [Dupin, «Matières»]. Voir également François Dupin, «État de la jurisprudence en matière de régime de protection légale ou conventionnelle» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Être protégé malgré soi (2002)*, Cowansville, Yvon Blais, 2002 («Le devoir du tribunal est donc de jauger quelle forme doit revêtir la protection du majeur, en prenant en compte son intérêt et surtout son autonomie résiduelle» à la p. 63).

Effectivement, il semble inadmissible, dans notre société, de priver complètement le mandant de ses droits, alors qu'il pourrait être apte à en exercer certains. Au nom du respect du principe de l'autonomie de la personne, plusieurs jugements ont refusé l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité qui accorde des pouvoirs trop élargis par rapport au degré d'incapacité du mandant¹⁸.

Dans le même sens, les articles 1 et 4 du C.c.Q. prévoient que toute personne a la personnalité juridique et est présumée apte à exercer ses droits civils. Ainsi, toute personne doit pouvoir jouir au maximum de sa personnalité juridique avec le moins de restrictions possible.

Bien sûr, les droits civils peuvent être restreints par l'ouverture d'un régime de protection¹⁹, mais notre premier devoir en tant que société est d'assurer à la personne devenue inapte le respect de son autonomie, ce que ne prévoient pas les dispositions sur le mandat en cas d'incapacité. Pour Jean Lambert, il semble inconcevable «[...] que la déclaration d'exécution d'un mandat de protection puisse échapper à cette dynamique»²⁰. Ainsi, les tribunaux et la doctrine passent par-dessus ce vide juridique dans le chapitre consacré au mandat donné en prévision de l'incapacité.

Évidemment, le *Code civil du Québec* a réaménagé notre conception de la personne humaine. Ce virage philosophique a, toutefois, été amorcé par l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*²¹ en 1975 et en 1982 par la *Charte*

18. *Supra* note 16. Voir également *B(H.) et B.(Ri.)*, 2004-54346 (C.S.) (REJB) (La mandante a seulement besoin d'assistance selon le tribunal. On ne peut homologuer le mandat puisque les pouvoirs sont trop élargis (gradation de la protection)).

19. Art. 257, 259 C.c.Q.

20. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 95.

21. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1976, c. C-12 [*Charte québécoise*].

*canadienne des droits et libertés*²². Ces deux lois très importantes dégagent plusieurs valeurs fondamentales dont l'égalité de traitement des citoyens devant la loi²³. Fort du principe de l'égalité, ne devrait-on pas abolir toutes ces distinctions inutiles entre le mandat en cas d'incapacité et les régimes de protection afin de pouvoir appliquer le principe du respect de l'autonomie résiduelle au majeur devenu inapte? Si la réponse est affirmative, il est logique de considérer le mandat en cas d'incapacité comme étant un régime de protection²⁴.

De plus, la ressemblance entre le libellé des articles 256 et 2131 du C.c.Q. accentue le lien entre le mandat donné en prévision de l'incapacité et les régimes de protection. En effet, ces deux articles stipulent que les régimes de protection au majeur et le mandat donné en prévision de l'incapacité visent la protection de la personne dans son ensemble et l'administration des biens du majeur devenu inapte. Les deux institutions visent donc le même but. À une première lecture, ces deux institutions juridiques ont plusieurs points en commun et il est compréhensible de confondre le mandat donné en prévision de l'incapacité aux régimes de protection.

Tous ces liens juridiques établis entre le mandat donné en prévision de l'incapacité et les régimes de protection semblent adoptés par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence depuis son adoption en 1989. Pourtant, un revirement s'opère depuis le début du millénaire.

22. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*].

23. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 100.

24. *Ibid.*

ii) Les conséquences reliées à la thèse du régime de protection

En associant le mandat en cas d'incapacité à un régime de protection, on permet l'application du principe du respect de l'autonomie et de la sauvegarde des intérêts de la personne inapte²⁵. Ainsi, on pourrait moduler le mandat en cas d'incapacité en fonction du degré d'incapacité de la personne.

La problématique concernant le respect de l'autonomie de la personne découle du fait que certains mandats en cas d'incapacité accordent des pouvoirs de pleine administration à leur mandataire alors que le mandant ne devient qu'inapte partiellement. Que faire dans une telle situation? Est-ce que le juge doit homologuer le mandat en cas d'incapacité, le modifier pour respecter les principes établis par l'art. 257 C.c.Q. ou tout simplement refuser l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité et ouvrir un régime de protection? Certains juges ont refusé l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité si les pouvoirs d'administration n'étaient pas conséquents avec le degré d'incapacité de la personne²⁶.

Pour Claude Fabien, la volonté contractuelle ne doit pas surpasser l'objectif du mandat en cas d'incapacité qui est de protéger la personne inapte, car «sa faculté de prévision a des limites»²⁷. Ainsi, l'application des dispositions sur les régimes de protection permet de respecter des principes importants aux yeux du droit civil québécois, soit le respect de l'autonomie de la personne et la protection des intérêts de la personne inapte. Le mandat en cas d'incapacité devrait être adaptable aux intérêts du mandat lors de la survenance de son incapacité²⁸. D'ailleurs,

25. Art. 256, 257, 259 C.c.Q.

26. *Supra*, note 16.

27. Claude Fabien, «Le mandat de protection : une institution à parfaire» (2007) 1 C.P. du N. 405 à la p. 412 [Fabien, «Mandat»].

28. *Ibid.* à la p. 427.

certaines juges vérifient s'il est dans l'intérêt du mandant de rendre exécutoire le mandat en cas d'incapacité²⁹.

L'opinion de Claude Fabien et l'application des principes prévus aux articles 256, 257 et 259 C.c.Q. ne signifient pas pour autant que le mandat en cas d'incapacité doit être modulé au bon vouloir du pouvoir judiciaire puisqu'il constitue un contrat dont le contenu dépend de la volonté du mandant. Le mandat en cas d'incapacité demeure immuable³⁰. La modulation de la protection est réservée aux régimes de protection³¹. En toute logique, si la personne n'a rien prévu relativement à son incapacité, les mesures prises par le tribunal doivent être le moins invasives possible. Dans cette situation, il faut ajuster la protection en fonction du degré d'incapacité de la personne. C'est pourquoi il existe des régimes de protection.

Par contre, dans le cas du mandat en cas d'incapacité, le tribunal a le pouvoir d'homologuer le mandat ou de refuser son homologation. Toutefois, est-ce vraiment dans l'intérêt du mandant de refuser l'homologation de son mandat en cas d'incapacité pour la raison que les pouvoirs d'administration ne concordent pas avec le degré d'incapacité de la personne? Le but

29. Art. 257 C.c.Q. Voir également Lucie Laflamme, «Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'incapacité et la procuration générale» (2002) 2 C.P. du N. 103 aux pp. 123-124 [Laflamme] (Nous partageons l'opinion de Me Lucie Laflamme selon laquelle le juge n'a pas le pouvoir de se référer aux notions prévues dans le chapitre du *Code civil du Québec* concernant les régimes de protection aux majeurs (voir les articles 256 et suivants du C.c.Q.).

30. Fabien, «Mandat», *supra* note 27 aux pp. 426-427.

31. Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le mandat donné en prévision de l'incapacité – De l'expression de la volonté à la mise en œuvre*, Yvon Blais, Cowansville (Qc), 2008 aux pp. 108-112 [Laflamme, Kouri et Nootens] (Ces auteurs sont plutôt d'avis que la modulation de la protection doit être applicable dans le cas du mandat en cas d'incapacité afin de respecter l'autonomie résiduelle de la personne sans toutefois recourir aux règles des régimes de protection. Ils proposent la rédaction de plusieurs mandats en fonction du degré d'incapacité croissant et prévisible du mandant.).

du mandat en cas d'incapacité n'est-il pas de permettre à une personne de prévoir à l'avance l'administration de ses biens et la protection de sa personne advenant son incapacité sans qu'une tierce partie s'immisce dans ce processus? Les personnes qui rédigent un mandat en cas d'incapacité désirent écarter l'ouverture d'un régime de protection. Ainsi, en refusant l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité parce que les pouvoirs octroyés ne concordent pas avec le degré d'incapacité de la personne au profit de l'ouverture d'un régime de protection, le tribunal vient dénaturer l'essence même de cette institution juridique³².

Quoiqu'il en soit, le nouveau formulaire «Mon mandat en cas d'incapacité» proposé par le Curateur public du Québec permet maintenant au mandant d'affirmer expressément qu'il désire l'homologation de son mandat même si l'équilibre entre l'incapacité et les pouvoirs d'administration n'est pas atteint³³. Sans nous pencher sur la légalité d'une telle clause, est-ce que son existence permettra aux juges de prononcer l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité malgré l'octroi de pouvoirs exorbitants par rapport au degré d'incapacité du mandat?

2) La thèse contractuelle : la solution?

On le sait, la liberté demeure une valeur fondamentale de notre société. La personne humaine est en droit de prendre des décisions relatives à son corps³⁴, mais aussi sur tout ce qui concerne sa vie et le contrôle de ses affaires. La réforme sur les régimes de protection a prévu un véritable droit à

32. *Ibid.* aux pp. 108-109 (Ces auteurs ne peuvent concevoir que le tribunal puisse homologuer un mandat en cas d'incapacité tel que rédigé indépendamment du degré d'incapacité de la personne. Ils sont en désaccord avec cette façon de faire des tribunaux ces dernières années.).

33. Le Curateur public du Québec, «Mon mandat en cas d'incapacité» (2007), en ligne : Les Publications du Québec <<http://www.curateur.gouv.qc.ca/cura/publications/mandat.pdf>>.

34. Art. 11 C.c.Q.

l'autodétermination en créant le mandat donné en prévision de l'incapacité³⁵.

i) Les arguments juridiques

L'emplacement des dispositions sur le mandat donné en prévision de l'incapacité n'est pas étranger à l'intention du législateur d'en faire un véritable contrat³⁶. En effet, le chapitre sur le mandat en cas d'incapacité se situe au chapitre neuvième du Livre V sur les «Obligations» dans le *Code civil du Québec*, livre entièrement consacré au droit des contrats³⁷. Le respect de la liberté contractuelle et de l'autodétermination de la personne est au cœur de cette section du *Code civil*.

Dans la cause *G. (G.) c. B. (J.)*³⁸, le tribunal soutient que l'homologation du mandat en cas d'incapacité doit être préférée à l'ouverture d'un régime de protection vu l'importance accordée à ce contrat par le législateur :

Le tribunal partage l'opinion des auteurs Deleury et Goubau que le législateur a voulu consacrer le principe de la primauté du mandat sur le régime de protection puisqu'il permettait à un individu de désigner lui-même la personne qu'il désirait pour s'occuper de lui et de ses

35. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 639, n. 732. Voir également Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 112, n. 71 [Baudouin et Jobin] («Dans l'ordre juridique établi par le droit civil, c'est le contrat qui représente, par excellence, la manifestation la plus caractérisée de la volonté humaine. [...] C'est pourquoi la philosophie de l'autonomie de la volonté et son pendant en droit positif, la liberté contractuelle, ont occupé une place de choix dans les droits civilistes, incluant celui du Québec, depuis fort longtemps.»).

36. Art 2166 et s. C.c.Q. Voir également Laflamme, *supra* note 29.

37. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 96 (Pourquoi le mandat est-il placé dans les contrats nommés? Jean Lambert soutient que le mandat n'est qu'une façon de prévoir à l'avance le représentant légal et l'étendue de ses pouvoirs.).

38. *G. (G.) c. B. (J.)*, *supra* note 6. Voir également *Nault c. N. (M.H.)*, *supra* note 6.

biens et de la façon qu'il le désire, et non pas de laisser ce choix à autrui, au tribunal ou à l'assemblée de parents.³⁹

Toute l'importance accordée au mandat en cas d'incapacité milite en faveur du respect des dernières volontés exprimées par une personne dans son mandat donné en prévision de l'incapacité⁴⁰.

L'emplacement des règles du mandat donné en prévision de l'incapacité est, sans aucun doute, déterminant sur la nature juridique de celui-ci. Cependant, Jean Lambert rétorque que les règles du mandat en cas d'incapacité devront éventuellement être déplacées dans le Livre I Des personnes à la section des « Régimes

39. *G. (G.) c. B.(J.)*, *ibid.* (Le tribunal réitère qu'il ne possède pas de discrétion en matière de mandat en cas d'incapacité. Il doit se plier aux exigences législatives et respecter l'institution qu'est le mandat donné en prévision de l'incapacité: «De plus, l'article 884.3 C.p.c. ne semble donner aucune discrétion au greffier. Tout ce que le greffier peut et doit faire est de vérifier si le mandant est inapte par l'interrogatoire prévu de l'article 878 C.p.c. et par les expertises médicales et psychosociales, et si le document qu'on lui présente constitue bel et bien un mandat donné dans l'éventualité de son incapacité par le mandant. Dans l'affirmative, il doit homologuer ledit mandat» au para. 15).

40. *Nault c. N. (M.H.)*, *supra* note 6 (On doit préférer l'homologation du mandat à l'ouverture d'un régime de protection. L'incapacité du mandant au moment de la signature du mandat n'a pas été mise en doute. De plus, le notaire instrumentant a conclu à un consentement valide lors de la confection de l'acte); *Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 6; *Clément c. Cartier*, 1999-14546 (C.S.) (REJB) (Le tribunal juge qu'il est important de respecter la volonté du majeur alors qu'il était apte); *R.S. c. J.B.*, (25 janvier 2000), Saint-François (Sherbrooke) 450-14-001276-995, J.E. 2000-674 (C.S.) [R.S. c. J.B.] (Appel rejeté, car aucune raison ne permet au juge de refuser l'homologation du mandat); *P.-J.T. c. Y.D.*, (19 avril 2002), Chicoutimi 150-14-000790-018, J.E. 2002-1300 (C.S.) [P.-J.T. c. Y.D.] (Le tribunal doit respecter les volontés librement exprimées dans un mandat à moins de circonstances particulières); *P.(D.) c. P.(M.)*, 2003-44124 (C.S.) (REJB) (Le Tribunal doit respecter la volonté clairement exprimée du mandant); *P.(L.) Re*, 2004-81257 (C.S.) (REJB) [P.(L.) Re] (Le respect des volontés du mandant est une priorité); *Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466 (C.A.), infirmant en partie 2005-93047 (C.S.) (REJB) [D.S. avec renvois au R.J.Q.] (Cette cause confirme l'attitude de non immixtion que les tribunaux doivent adopter face à un mandat donné en prévision de l'incapacité).

de protection du majeur»⁴¹. Ainsi, la référence au principe du respect de l'autonomie résiduelle en matière de mandat en cas d'incapacité ne causerait aucune controverse juridique⁴².

De plus, les libellés des articles 2168 et 2169 du C.c.Q. militent en faveur de la thèse selon laquelle le mandat donné en prévision de l'incapacité constitue un contrat et non un régime de protection. En effet, l'article 2168 permet de recourir aux règles de la tutelle au majeur si la portée du mandat donné en prévision de l'incapacité est douteuse. On doit appliquer une interprétation restrictive à cette disposition puisque les règles du contrat de mandat sont supplétives en tout premier lieu⁴³. Également, le tribunal a l'opportunité d'ouvrir un régime de protection dans les cas où le mandat donné en prévision de l'incapacité serait incomplet⁴⁴. Le législateur ne voulait donc pas faire du mandat donné en prévision de l'incapacité un régime de protection, mais permettre au tribunal d'avoir recours aux articles prévus au chapitre «Des régimes de protection du majeur» en cas de protection incomplète du majeur devenu inapte. Donc, dans certains cas bien précis, le législateur nous permet d'avoir recours aux règles des régimes de protection, sans quoi les articles du mandat en cas d'incapacité doivent recevoir application en priorité. Dans le même ordre d'idées, le ministre de la Justice indiquait que le principe nouveau allait permettre «[...] d'éviter l'ouverture d'un régime de protection [...] chaque fois que c'est possible, tout en assurant la protection des personnes»⁴⁵.

41. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 92.

42. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 (Voir la solution de la modulation de la protection proposée par les auteurs.).

43. Fabien, «Mandat», *supra* note 27.

44. Art. 2169 C.c.Q.

45. Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, «Étude du projet de loi 145», dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, vol. 30 au para. 38 (7 juin 1989) à la p. CI-2597. Voir également *M.(L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5 («Ce n'est que par exception que le tribunal pourrait, dans certaines circonstances, fixer un régime différent de protection ou rendre tout ordonnance visant à protéger les intérêts du majeur visé par la demande, la sauvegarde de ses droits, de son intégrité et de son autonomie, le tout en fonction de chaque cas (art. 2166 et suivants et 273, 274, 276 C.c.Q.).»).

L'importance accordée au respect de l'autodétermination par le législateur ne fait, à notre avis, aucun doute.

Le mandat en cas d'inaptitude constitue une institution juridique où le droit à l'autodétermination prend toute son importance. On rend inactif ce droit à l'autodétermination si on considère le mandat en cas d'inaptitude comme un régime de protection⁴⁶. Selon la majorité de la jurisprudence, on l'assimile à un régime de protection alors qu'on devrait considérer ce dernier comme étant un mécanisme subsidiaire⁴⁷.

Finalement, l'avènement de l'article 2167.1 C.c.Q., en 2002, est venu confirmer la volonté du législateur de considérer le mandat en cas d'inaptitude comme une institution distincte des régimes de protection. On associait le mandat en cas d'inaptitude pour permettre le respect de l'autonomie résiduelle de la personne, mais également pour appliquer les principes dégagés par les articles 272 à 274 C.c.Q.. Ces articles permettent au juge de rendre jugement sur des requêtes interlocutoires pour protéger adéquatement la personne devenue inapte ainsi que son patrimoine. En ajoutant l'article 2167.1 C.c.Q., le législateur vient anéantir l'argument pour lequel certains juristes avaient recours aux règles des régimes de protection. Si les auteurs proposaient le recours à ces articles (et aux autres dispositions des régimes de protection en général), c'est simplement parce que le mandant était moins bien protégé entre la survenance de l'inaptitude et l'homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude. Par

46. Il est utile ici de faire un parallèle entre le mandat en cas d'inaptitude et le testament. Le principe de l'autodétermination de la personne doit être respecté en matière de mandat en cas d'inaptitude comme l'on respecte le principe de la liberté testamentaire. Voir Michel Grimaldi, *L'intention libérale*, Conférence Roger-Comtois, Montréal, Thémis, 2004 à la p. 19 [Grimaldi] («Il ne faut pas retirer la liberté de disposer à titre gratuit, et singulièrement la liberté testamentaire, à ceux auxquels elle est la plus secourable : aux personnes âgées. Il ne faut pas les priver de ce qui les occupe et qui leur permet de croire qu'elles se survivront à elles-mêmes : il serait inhumain d'imposer, à partir d'un certain âge, comme un permis de donner ou de tester.»).

47. Voir *M.(L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5.

l'ajout de l'article 2167.1 C.c.Q., le législateur est venu remédier à ce vide juridique troublant⁴⁸. L'utilité de recourir aux règles des régimes de protection à ce niveau devient maintenant désuète.

Le principe de l'autodétermination a certainement une place privilégiée dans notre droit. Par contre, il faut demeurer conscient des limites de ce concept lors de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité.

ii) Les conséquences reliées à la thèse contractuelle

La réforme sur les régimes de protection s'articule, entre autres, autour de l'idée de la protection dans le respect de la personne. Dans ce cadre, lorsqu'il a créé le mandat en cas d'incapacité, le législateur a voulu donner une plus grande place à la famille du majeur inapte plutôt qu'au curateur public⁴⁹. Cet objectif est effectivement souhaitable pour le bien du mandant. Toutefois, l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité soulève parfois certaines difficultés pour le mandant ainsi que pour sa famille.

Tout d'abord, nous devons porter attention à l'espérance de vie humaine qui tourne maintenant autour de 80 ans⁵⁰. En effet, le vieillissement d'une personne augmente les risques rattachés à diverses pathologies affectant les facultés mentales de celle-ci :

[L]es avancées de la science ont de beaucoup augmenté la longévité, mais en contrepartie, à la fin de la vie vient une période plus ou moins longue pendant laquelle nous serons inapte à décider par nous-mêmes.⁵¹

48. *Laflamme*, *supra* note 29 aux pp. 110-113.

49. *B. (A.) c. L.(Y.)*, 2004-54321 (C.S.) (REJB) au para. 10 («[L]e but d'un mandat d'incapacité ou d'homologation d'un mandat d'incapacité est avant tout d'associer les proches dans la prise en charge des personnes incapables.»).

50. *Ibid.*

51. Danielle Chalifoux, «Les obstacles à la mise en œuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel» dans Barreau du Québec, Service de la

Dans ce contexte, l'aptitude d'une personne âgée, au moment de la rédaction du mandat en cas d'incapacité, peut davantage être mise en doute lors de l'homologation. En conséquence, l'audition de la requête en homologation peut s'avérer une situation stressante pour les membres de la famille du mandant.

Également, la structure familiale subit, depuis quelques années, de profonds bouleversements rendant difficile la prise en charge par les proches de la personne inapte. Lors de l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité, le tribunal doit demeurer conscient de la structure familiale d'aujourd'hui. En effet, la personne inapte peut se retrouver sous le contrôle d'une seule personne favorisant ainsi les risques d'abus de toutes sortes⁵².

Le contexte social dans lequel vivent plusieurs personnes âgées favorise également le risque d'abus de la part des proches du mandant :

[S]oit qu'elles vivent seules, et la menace vient d'un voisinage cupide; soit qu'elles vivent dans un établissement spécialisé, et la menace vient d'un personnel indélicat, soit enfin qu'elles vivent dans une famille recomposée, et la menace vient de cette famille-ci (d'un nouveau conjoint parfois beaucoup plus jeune), hostile à celle qui s'est défaite (aux enfants du premier lit). Dans toutes ces situations, les méthodes utilisées sont les mêmes : le dol, par suggestion ou captation, qui consiste tantôt à susciter chez le disposant l'animosité envers *ab intestat*, en distillant de fausses nouvelles ou des calomnies, tantôt à prendre sur sa volonté une emprise absolue en le coupant du monde extérieur; la violence, qui est menace de privation de soins ou d'envoi à l'hospice [nos italiques].⁵³

formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?* (2001), Cowansville, Yvon Blais, 2001, 19 à la p. 21 [Chalifoux].

52. Grimaldi, *supra* note 46 à la p. 8.

53. *Ibid.* à la p. 18.

Plusieurs auteurs ont également soulevé d'autres problématiques qui entourent le respect du principe de l'autodétermination de la personne :

Quant au principe de l'autodétermination, pour quelle durée de temps peut-on s'autodéterminer? Les conséquences attachées à l'écoulement du temps (du moment de la confection du mandat à celui de son homologation), fait en sorte que le mandant a pu cheminer et penser différemment les soins à apporter à sa personne, ou, pour peu que la dynamique familiale qui présidait au moment de la désignation d'un mandataire particulier ait changé, toutes ces hypothèses sont des éléments qui peuvent saper la viabilité d'un mandat. De plus, comment prévoir ce qui peut nous arriver et les soins qui seront alors requis, avec en particulier les progrès de l'évolution technologique et médicale en sus?⁵⁴

Ainsi, selon François Dupin, tout le processus d'homologation doit d'abord et avant tout être gouverné par le meilleur intérêt du mandant. Dans ce sens, il soutient que l'intérêt du majeur ne milite pas nécessairement en faveur du respect de ses volontés⁵⁵. Nous sommes d'accord avec cette affirmation, particulièrement dans les cas où le mandataire a posé des gestes douteux dans le cadre de l'administration des affaires du mandant avant l'homologation⁵⁶. Par contre, si le mandant était apte au

54. François Dupin, «État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'incapacité» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée? (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 1 à la p. 5 [Dupin, «Mandat en prévision»]. Voir aussi Dupin, «Matières», *supra* note 17 à la p. 71; Jocelyne Girard, «L'évaluation psychosociale : un processus incontournable pour la sauvegarde de l'autonomie du majeur et complémentaire aux univers légal et médical» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée? (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 45 à la p. 46.

55. Dupin, «Mandat en prévision», *ibid.* aux pp. 13-14.

56. *R.S. c. J.B.*, *supra* note 40 (Dans ce cas-ci, aucune preuve suffisante n'est amenée, selon le juge, pour refuser l'homologation, et ce, malgré une augmentation de la marge de crédit de 5 000\$ à 95 000\$ en peu de temps, ainsi que des retraits bancaires de plus de 136 000\$ en 2 ans et

moment de la confection du mandat et que les agissements du mandataire sont irréprochables, nous croyons, comme le tribunal dans l'affaire *Alloi-Lussier*⁵⁷, que le mandat donné en prévision de l'incapacité doit être homologué. Même si l'écoulement du temps et l'évolution de la médecine peuvent engendrer différentes difficultés relativement à la viabilité du mandat, le principe de l'autodétermination de la personne doit être respecté. Comme dans le cas du testament, le juge n'a pas à vérifier la «qualité» du contenu de celui-ci⁵⁸. Le testateur doit seulement avoir la capacité requise pour tester au moment où le testament a été rédigé⁵⁹. Une fois les dispositions légales respectées, aucun pouvoir ne permet au tribunal d'intervenir dans l'ouverture de la succession. Il devrait en être de même pour le mandat en cas d'incapacité⁶⁰.

Même si l'on doit accorder au principe de l'autodétermination toute la place qui lui revient, la société a un devoir de protéger les personnes les plus vulnérables. Ainsi, on ne peut homologuer aveuglément un mandat donné en prévision de l'incapacité sans prendre en considération toute la situation entourant le mandant⁶¹. Le mandat en cas d'incapacité pourrait alors constituer une protection insuffisante pour le mandant comparativement à un régime de protection administré par le curateur public. À cet égard, les dispositions législatives sur le mandat donné en prévision de l'incapacité demeurent

dem); *P.-J. T. c. Y.D.*, *supra* note 40; *M.B. c. D.B.*, (10 août 2005), Montréal 500-09-015665-052, J.E. 2005-1766 (C.A.). Voir également Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pp. 105-107

57. *Supra* note 6.

58. *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 887-891 [C.p.c.].

59. Art. 707-711 C.c.Q.

60. Voir *D.S.*, *supra* note 40; *Alloi-Lussier* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 6.

61. Le tribunal est justifié de refuser l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité pour des raisons sérieuses, comme la mauvaise administration du mandataire ou les conflits d'intérêts du mandataire. Voir par ex. *P.-J. T. c. Y.D.*, *supra* note 40 (Dans cette cause, le tribunal respecte la volonté clairement exprimée par le mandant et homologue le premier mandat rédigé, puisque la preuve démontre l'administration déficiente du mandataire nommé dans le deuxième mandat donné en prévision de l'incapacité).

insuffisantes et le législateur doit intervenir à tout prix pour corriger ces lacunes et assurer une protection minimum aux personnes qui en ont le plus besoin.

Finalement, la nature juridique du mandat en cas d'incapacité ne fait toujours pas l'unanimité. Doit-on le considérer comme étant un régime de protection, un contrat ou comme une institution juridique à mi-chemin entre les deux? Plutôt que de remettre en question les fondements d'une institution complète qui mérite notre attention, nous vous proposons des solutions afin de répondre aux différentes inquiétudes soulevées par l'application des règles du mandat en cas d'incapacité.

B- VERS UNE NOUVELLE VISION DU MANDAT DONNÉ EN PRÉVISION DE L'INCAPACITÉ

Actuellement, la conception des juristes de l'ensemble des règles régissant le mandat en cas d'incapacité progresse. Une nouvelle vision du mandat donné en prévision de l'incapacité se dessine. En effet, les modifications législatives effectuées depuis l'adoption des dispositions sur le mandat en cas d'incapacité en 1989 et la tendance jurisprudentielle de la dernière année démontrent que la tendance contractuelle se distingue.

Toutefois, si cette tendance devait se maintenir, le législateur devra intervenir afin de combler les vides juridiques existants au chapitre sur le mandat donné en prévision de l'incapacité.

1) La voie à privilégier

La crise d'identité du mandat en cas d'incapacité amène les auteurs et les tribunaux à ne pas saisir le véritable sens de celui-ci. En comprenant davantage dans quel contexte le mandat en cas d'incapacité a été créé et en étudiant son encadrement juridique, on arrive à mieux saisir sa raison d'être. De plus, les tribunaux semblent corriger le tir en ramenant davantage le mandat donné en prévision de l'incapacité sur la voie contractuelle.

i) *Le mandat donné en prévision de l'incapacité : une institution incomprise*

Dans ses commentaires accompagnant le dépôt du mémoire de la Chambre des notaires lors des auditions de la sous-commission des institutions sur l'avant-projet de loi portant sur la réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, Jean Lambert a soumis l'idée originale du mandat en cas d'incapacité. L'idée soutenue fut avancée comme suit :

Cela nous amène à reformuler [...] une suggestion au législateur voulant que la personne, lorsqu'elle signe une procuration ou un *mandat notarié* avec la stipulation expresse que ce mandat doit demeurer en force après constatation d'un état d'incapacité mentale du mandant, que cette procuration puisse donc continuer à être valide, qu'elle habilite le mandataire à agir au nom de la personne déficiente et que *le tribunal n'intervienne que s'il y a des problèmes dans la gestion*, et ce, sur demande des personnes de la famille ou d'un intéressé. Ce qui aurait pour effet, d'une part, de diminuer le coût pour l'État de toute cette gestion et, d'autre part, de diminuer aussi le coût que le justiciable doit assumer lorsqu'il doit s'engager dans le processus de la curatelle privée [nos italiques].⁶²

Jean Lambert fut très surpris de constater «que l'idée originale allait être détournée au profit d'un objectif plus ambitieux, soit la déclaration d'incapacité du mandant»⁶³. En effet, l'article 884.3 C.p.c. stipule que «[l]e juge ou le greffier saisi de la demande d'homologation vérifie l'incapacité du mandant». De plus, l'article 2166 C.c.Q. permet la rédaction d'un mandat en cas d'incapacité sous seing privé alors qu'il était suggéré un mandat sous forme notariée seulement⁶⁴. Quoiqu'il en soit, nous devons

62. Lambert, «Consultation générale», *supra* note 2.

63. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 89.

64. Art. 2166 C.c.Q. («Le mandat donné par une personne majeure en prévision de son incapacité à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens est fait par acte notarié en minute ou devant témoins. Son exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à

maintenant accepter l'institution du mandat en cas d'incapacité, différente de la proposition initiale, et tenter d'en comprendre sa nature à partir des règles établies.

Selon Jean Lambert, la nouvelle institution qu'est le mandat donné en prévision de l'incapacité s'inscrit «dans un contexte de limitation, voire de retrait au mandant de l'exercice de ses droits civils [notes omises]»⁶⁵. Un courant jurisprudentiel abonde dans ce sens⁶⁶.

Or, le législateur a clairement voulu créer deux institutions ayant des effets juridiques fort différents. En effet, l'article 256 C.c.Q., prévu au chapitre des régimes de protection au majeur expose que :

Les régimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt; ils sont destinés à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils. *L'incapacité qui en résulte est établie en sa faveur seulement* [nos italiques].

Un régime de protection crée donc une situation d'incapacité légale. Cependant, aucun article prévu au chapitre du mandat donné en prévision de l'incapacité ne prévoit que

l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte»).

65. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 97. Voir également François Dupin, «La protection des personnes inaptes : l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé» (1997) R. du B. 159; Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 660, n. 753 («Dès l'homologation, le mandataire acquiert sur la personne et/ou les biens du mandant les pouvoirs expressément prévus à l'acte. Dans la même mesure, le mandant devient juridiquement incapable [notes omises].»).
66. *Re Bédard*, (19 novembre 1990), Montréal 500-14-001920-909, Juge Nolin (C.S.) [*Re Bédard*]; *L.R. c. É.L.*, (5 décembre 2000), Saint-François (Sherbrooke) 450-14-001539-0004, J.E. 2001-342 (C.S.) (Les règles des régimes de protection s'appliquent *mutatis mutandis* au mandat en cas d'incapacité); *B.(M.-P.) c. F.(R.)*, *supra* note 13 (Le tribunal souligne que le mandat en cas d'incapacité est une forme de régime de protection. Ainsi, l'article 256 C.c.Q. lui est applicable).

l'homologation crée une situation d'incapacité juridique. Au contraire, l'article 2166 du *Code civil du Québec* prévoit que l'exécution du mandat est subordonnée à la survenance de l'incapacité du mandant.

Le droit distingue clairement la notion d'incapacité et d'incapacité juridique. En effet, l'article 1 C.c.Q. prévoit que «[t]out être humain possède la personnalité juridique» et qu'«il a la pleine jouissance des droits civils». En principe, si une personne naît vivante et viable, elle possède d'emblée tous ses droits civils⁶⁷. Par contre, cela ne signifie pas qu'elle soit apte à les exercer elle-même. L'article 4 C.c.Q. prévoit effectivement que «[t]oute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils», mais que dans certains cas, «la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance». La tutelle, la curatelle et le mandat en cas d'incapacité confèrent des pouvoirs de représentation. Toutefois, la situation juridique engendrée par les régimes de protection et le mandat donné en prévision de l'incapacité reste différente.

À propos des concepts d'incapacité et d'incapacité, voici les commentaires des auteurs Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens :

Le *Code civil du Québec* consacre clairement la distinction entre la capacité et l'aptitude, ces deux notions ayant néanmoins certains éléments connexes. [...] La capacité est la notion juridique qui désigne la faculté d'être titulaire de droits et de les exercer soi-même. [...] L'incapacité est une situation de fait, qui peut [...] exister indépendamment d'un régime de protection, et inversement, une personne frappée d'incapacité peut être momentanément (ou redevenue) apte.⁶⁸

67. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 18, n. 9.

68. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *L'intégrité de la personne et le consentement aux soins*, 2e éd., Yvon Blais, 2005 à la p. 204, n. 217. Voir également *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, [1996] R.J.Q. 229 (C.A.) (La Cour d'appel distingue l'incapacité de l'incapacité).

Les auteurs Deleury et Goubau distinguent également ces deux notions juridiques en nommant l'incapacité «incapacité naturelle» :

L'incapacité juridique vise les cas, prévus par la loi, où la personne fait l'objet d'un régime particulier de protection, que ce soit automatiquement par le fait même de son état (le mineur) ou par décision judiciaire (par exemple, l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle au majeur). On oppose parfois à cette notion celle d'incapacité «naturelle» ou «de fait». [...] En effet, l'incapacité naturelle vise les cas d'impossibilité factuelle à donner un consentement, indépendamment de l'ouverture d'un régime de protection [notes omises].⁶⁹

Selon Jean Lambert, les termes «subordonn[és] à la survenance de l'incapacité» contenus à l'article 2166 C.c.Q. signifient que le législateur a voulu retirer au mandant l'exercice de ses droits civils⁷⁰. Cependant, les articles 2166 et 2131 C.c.Q. parlent d'incapacité et non d'incapacité comme le prévoient les articles 154 et 256 C.c.Q.⁷¹. Comme l'expliquent pertinemment les auteurs Pineau et Gaudet, le législateur a voulu créer une situation d'incapacité et non d'incapacité juridique, faisant ainsi du mandat donné en prévision de l'incapacité un régime basé davantage sur les notions contractuelles :

[...] [L']homologation du mandat est différente de l'ouverture d'un régime de protection, ce n'est que la constatation de l'incapacité de fait du mandant, qui donne au mandat son efficacité, qui prive le mandant de certains

69. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 383, n. 435.

70. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 98.

71. L'article 154 C.c.Q. : «La capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection.». Voir également Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 (Selon ces auteurs, la rédaction de l'article 154 C.c.Q. est non équivoque : l'ouverture d'un régime de protection retire la capacité légale à la personne inapte alors qu'aucune disposition semblable n'est prévue en ce qui concerne le mandat en cas d'incapacité aux pp. 10-11.).

de ses pouvoirs – et non point de sa capacité -, qui ne permet aucunement au tribunal de contrôler ni le contenu du mandat, ni le choix du mandataire, ni les décisions de ce dernier. Il s'agit donc d'un procédé où le lien de confiance entre le mandant et son mandataire l'emporte sur la nécessité d'un contrôle et donc d'une protection judiciaire.⁷²

En aucun cas le mandat en cas d'inaptitude homologué n'engendre une situation d'incapacité d'exercice de ses droits civils. Le mandant aura un représentant légal pour gérer ses affaires et le bien-être de sa personne pendant la période d'inaptitude. Nous pouvons donc observer une différence entre la situation juridique créée par les régimes de protection et le mandat en cas d'inaptitude :

Il s'agit, là, d'un régime très particulier qui ne peut être assimilé aux régimes dits de protection et ne fait pas de cet inapte un «majeur protégé», un incapable au sens juridique du terme.⁷³

De plus, le législateur a vraiment voulu faire du mandat en cas d'inaptitude un régime répondant à des besoins distincts des régimes de protection. Comme le soulignent les auteurs Deleury et Goubau:

Innovation majeure de la réforme de 1989, le mandat donné en prévision de l'inaptitude répond à une double préoccupation : d'abord, permettre à toute personne majeure de décider elle-même qui s'occupera d'elle en cas d'inaptitude, puis simplifier les formalités au moment où survient cette inaptitude.⁷⁴

72. Pineau et Gaudet, *supra* note 2 à la p. 238, n. 112.1.

73. *Ibid.* à la p. 234, n.112; art. 2172 C.c.Q. (Toutefois, redevenu apte, le mandant ne peut révoquer le mandat sans le sceau du tribunal); Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pages 10-11 (Les auteurs soulignent ce fait pour le moins paradoxal avec la position selon laquelle l'homologation du mandat en cas d'inaptitude ne retire pas la capacité juridique du mandant.).

74. Deleury et Goubau, *supra* note 8 à la p. 639, n. 732.

En effet, le mandant dispose d'une liberté contractuelle lui permettant de prévoir, lors de la rédaction du mandat en cas d'incapacité, la gestion de ses affaires et de son bien-être advenant son incapacité. Toutefois, cette liberté ne peut s'exercer en outrepassant l'ordre public⁷⁵.

Également, les pouvoirs législatifs accordés au tribunal en matière d'ouverture d'un régime de protection et ceux accordés lors de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité diffèrent. En effet, les articles 257 et 259 C.c.Q. obligent le tribunal à ajuster le régime de protection en fonction du degré d'incapacité de la personne. Par contre, aucune disposition ne permet au juge d'ajuster la protection en fonction de l'autonomie résiduelle du mandant lors de l'homologation d'un mandat en cas d'incapacité⁷⁶.

Enfin, le régime de révision périodique des régimes de protection⁷⁷ prouve que le législateur a clairement voulu créer un effet juridique différent pour le majeur dans le cas des régimes de protection. En effet, l'article 278 C.c.Q. prévoit une révision du régime de tutelle tous les trois ans et tous les cinq ans dans le cas d'un régime de curatelle. La protection du majeur incapable est donc sans équivoque sous un régime de protection, alors qu'en matière de mandat en cas d'incapacité, il existe un vide juridique sur cette question.

Il s'agit donc d'une erreur d'interprétation de considérer le mandat donné en prévision de l'incapacité comme étant un régime de protection puisque les effets juridiques diffèrent. Ces deux institutions sont deux entités distinctes même si elles se ressemblent sur certains aspects. D'ailleurs, dans la cause *Québec (Curateur public) c. D.S.*⁷⁸, la Cour d'appel réitère la distinction entre les régimes de protection et le mandat en cas d'incapacité :

75. Art. 9 C.c.Q.

76. *M. (L.) c. M.(J.)*, *supra* note 5.

77. L'article 278 C.c.Q. prévoit une révision du régime de tutelle tous les trois ans et tous les cinq ans dans le cas d'un régime de curatelle.

78. *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40.

On pourrait donc, à première vue, être tenté d'assimiler ce régime de protection contractuel à une sorte de tutelle ou de curatelle et de l'assujettir, par analogie, à la surveillance décrétée par l'article 12 L.c.p. et à l'obligation de rendre compte énoncée par le Code civil du Québec et l'article 20 L.c.p. Cette interprétation ne peut cependant être retenue vu les autres dispositions d'une loi qui établit une différence très nette entre tutelle, curatelle et mandat de protection, différence dont témoignent notamment les articles 13, 22, 27 et 54 L.c.p.⁷⁹

L'étude des jugements récents au sujet du mandat en cas d'incapacité démontre maintenant une différence fondamentale entre celui-ci et les régimes de protection. D'ailleurs, les juristes semblent de plus en plus associer le mandat donné en prévision de l'incapacité à un contrat plutôt qu'à un régime de protection.

ii) *La consolidation du mandat en prévision de l'incapacité par la jurisprudence*

Dès sa création en 1989, certains juristes⁸⁰ ont considéré le mandat donné en prévision de l'incapacité comme étant un contrat. Effectivement, Me Hélène Brassard souligne que «[l]e mandat en cas d'incapacité peut être assimilable à un régime de protection bien qu'il n'en soit pas un *puisque'il évite d'ouvrir un régime de protection*. [nos italiques]»⁸¹. Plus récemment, Michel Beauchamp souligne que l'intention du législateur renforce de plus en plus l'idée que le mandat en cas d'incapacité constitue un contrat :

Le législateur aurait pu corriger le tir en 1991, au moment du dépôt de la loi créant le *Code civil du Québec*, mais il ne l'a pas fait. Les règles du mandat d'incapacité se trouvent toujours au chapitre des contrats nommés du Livre cinq du Code civil, qui traite des obligations.⁸²

79. *Ibid.* à la p. 470 au para. 22.

80. *Supra* note 6.

81. Brassard, *supra* note 6 à la p. 637.

82. Beauchamp, *supra* note 4 à la p. 344.

Les développements jurisprudentiels récents en matière de mandat en cas d'incapacité semblent se détacher du courant majoritaire voulant qu'un mandat en cas d'incapacité soit un régime de protection⁸³. Effectivement, les tribunaux accordent de plus en plus d'importance aux dernières volontés exprimées par une personne dans son mandat donné en prévision de l'incapacité.

Tout d'abord, le tribunal, dans l'affaire *D.(M.) c. V.(Ma.)*⁸⁴, est saisi d'une requête en homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. Comme la preuve ne démontre aucune mauvaise administration des biens de la mandante ou un mauvais exercice du mandat en général, le tribunal souligne que le mandat doit être homologué de préférence à l'ouverture d'un régime de protection :

Les dispositions du Code civil concernant le mandat d'incapacité indiquent que le législateur attache une grande importance à la liberté et à la volonté du mandant de choisir lui-même ce mode, de préférence à d'autres régimes déterminés par la loi à titre subsidiaire et en l'absence de mandat.⁸⁵

Le tribunal donne donc préséance au mandat donné en prévision de l'incapacité sur le régime de protection lorsqu'aucun motif sérieux ne permet la révocation du mandat et que l'homologation s'inscrit dans le meilleur intérêt de la mandante.

Également, la juge Bédard, dans la cause de *G. (D.) c. B. (T.)*⁸⁶, est saisie d'une requête en homologation d'un mandat donné

83. Voir par ex. *P. (L.) Re*, *supra* note 40 au para. 20 (Le juge homologue le mandat accordant des pouvoirs de pleine administration alors que la mandante est partiellement inapte. Le juge souligne à juste titre que «le législateur n'a pas précisé que l'incapacité de la personne visée devait nécessairement être en lien avec les pouvoirs qu'elle accorde à son mandataire».).

84. *D. (M.) c. V.(Ma.)*, 2005-90609 (C.S.) (REJB).

85. *Ibid.* au para. 55.

86. *G. (D.) c. B. (T.)*, 2005-91200 (C.S.) (REJB) [*G. (D.) c. B. (T.)*].

en prévision de l'incapacité et d'une requête en ouverture d'un régime de protection. Le tribunal soutient l'importance que l'on doit accorder aux dernières volontés exprimées par la personne :

Comme l'indiquent les articles 276 et [11] C.c.Q., il y a lieu, lorsqu'un mandat a été donné, de tenir compte des intentions exprimées par le mandant. Il y a là manifestation de la volonté de la personne elle-même, alors qu'elle était apte, et qu'il faut, en général, respecter. C'est le but même d'un mandat en cas d'incapacité et il y a lieu de reconnaître l'autodétermination de la personne elle-même. La doctrine et la jurisprudence vont dans ce sens.⁸⁷

De plus, la juge souligne que, malgré la présence de conflits familiaux, le mandat en cas d'incapacité doit être homologué⁸⁸. La discorde entre les frères ne constitue pas un motif valable pour impliquer un représentant de l'État dans l'administration des affaires de madame. En effet, «[r]ien ne justifie de ne pas respecter son choix et de lui imposer un étranger qui verra à prendre les décisions la concernant»⁸⁹. Cette intervention du tribunal est justifiée puisque la présence de querelles familiales semble animer la majorité des requêtes en homologation d'un mandat en cas d'incapacité contestées. Dans ces circonstances, confier la protection du majeur au curateur public détourne l'objectif principal du législateur, soit d'impliquer davantage les

87. *Ibid.* au para.17.

88. *S. c. T.*, *supra* note 16 (La présence de conflits familiaux incitent le tribunal a préféré l'ouverture d'un régime de tutelle plutôt que l'homologation du mandat donné en prévision de l'incapacité); *D.R. c. A.H.*, (9 octobre 2002), Hull 550-14-001755-011 et 550-14-001866-016, J.E. 2002-1942 (C.S.) (Même si le mandat en cas d'incapacité est valide, le juge refuse l'homologation étant donné l'animosité existante entre la mandataire et la mandante juste avant que cette dernière ne devienne inapte); *Québec (Curateur public) c. H.(L.)*, (8 août 2003), Montréal 500-14-018665-026, J.E. 2003-1769 [H. (L.)] (La juge estime que l'ouverture d'une curatelle aux biens gérée par le curateur public respecte davantage l'intérêt de la mandante compte tenu du climat tendu existant entre les enfants et le conjoint de cette dernière).

89. *G. (D.) c. B. (T.)*, *supra* note 86 au para. 25.

proches dans les soins accordés à une personne devenue inapte. Si le mandat en cas d'incapacité a été rédigé dans un contexte dépourvu d'influence indue ou de captation et que le consentement du mandant s'avère libre et éclairé, le tribunal n'a d'autre choix que d'homologuer le mandat afin de respecter le principe de l'autodétermination de la personne. Le meilleur intérêt de la mandante milite donc en faveur du respect des dernières volontés⁹⁰, si toutes les conditions de fond du mandat sont, bien sûr, respectées.

En revanche, le principe du respect de l'autonomie résiduelle du mandant semble perdre son intérêt en matière d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité. En effet, dans la cause *Re P. (L.)*⁹¹, le juge homologue un mandat accordant des pouvoirs de pleine administration au mandataire, alors que la mandante est partiellement inapte. Selon le tribunal, la protection accordée à la mandante doit être établie dans le respect de ses droits. La juge Blondin précise toutefois ceci :

Cela ne veut pas dire que la demande doit automatiquement être rejetée parce que la mandante est partiellement inapte et que les pouvoirs conférés à ses mandataires sont l'équivalent de ceux attribués à un curateur quand une personne est totalement incapable. D'ailleurs, dans le cas du mandat d'incapacité, le législateur n'a pas précisé que l'incapacité de la personne devait nécessairement être en lien avec les pouvoirs qu'elle

90. Voir par ex. *Québec (Curateur public) c. G. (M.)*, 2004-71583 (C.S.) (REJB) (Le tribunal accorde de l'importance aux dernières volontés de la mandante); *T. (R.) Re*, 2004-81452 (C.S.) (REJB) (Le tribunal souligne que le mandat d'incapacité consacre un véritable droit à l'autodétermination. Il accorde donc de l'importance aux volontés exprimées dans le mandat); *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40 (Le Tribunal souligne que «[m]ême si d'aucuns soutiennent que les mandats en cas d'incapacité ne sont qu'une des formes que peut prendre un régime de protection et que ces mandats n'ont pas de préséance sur les régimes prévus par la loi, le tribunal estime en l'espèce ici qu'il faut porter respect à la volonté et à l'autonomie de la personne à protéger, lorsque cette volonté s'est clairement exprimée, sans captation, ni influence indue» au para. 29).

91. *P. (L.) Re*, *supra* note 40.

accorde à son mandataire. Alors, il a sûrement considéré qu'au moment de la signature, la mandante était en mesure d'exprimer sa volonté de confier sa protection et l'administration de ses biens à qui elle voulait et avec quels pouvoirs [notes omises].⁹²

Ainsi, lorsque rien dans la preuve ne nous permet de croire que le mandant n'a pas consenti au mandat d'une façon libre et éclairée, le mandat doit être homologué. Selon le tribunal, le respect des volontés de la mandante doit être une priorité lorsque la personne «a signé un mandat alors qu'elle était en état de manifester une opinion éclairée»⁹³.

De plus, la juge Blondin, dans la cause *Re P. (L.)*⁹⁴ réitère que le tribunal n'a pas le pouvoir de s'ingérer dans le contrat de mandat :

Par ailleurs, le tribunal croit que la loi ne lui attribue aucun pouvoir pour modifier le contenu du mandat, il peut seulement le compléter par l'ouverture d'un régime de protection quand ces termes ne permettent pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou de l'administration de ses biens (art. 2169 C.c.Q.).⁹⁵

D'ailleurs les auteurs Lucie Laflamme, Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens soulignent le principe de non-immixtion du tribunal dans l'exécution du mandat en cas d'incapacité, renforçant ici l'idée que ce dernier ne constitue pas un régime de protection :

Certes les règles du mandat en cas d'incapacité comportent certaines dérogations aux conditions et aux effets «normaux» de tout contrat et la finalité de cette convention demeure le respect de la volonté anticipée du mandant et la protection de ses intérêts advenant son

92. *Ibid.* aux para. 19-20.

93. *Ibid.* au para. 35.

94. *Supra* note 91.

95. *Ibid.* au para. 36.

incapacité. Mais il n'en demeure pas moins que le principe de la non-immixtion du tribunal dans la conduite des affaires du mandataire, tel que confirmé par l'arrêt *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain* ainsi que par l'article 2177 C.c.Q. selon lequel le tribunal peut prononcer la révocation du mandat et ordonner l'ouverture d'un régime de protection, suggère fortement que le mandat en cas d'incapacité n'est pas un régime de protection.⁹⁶

Le juge Baudouin, dans son ouvrage sur *Les obligations*⁹⁷, abonde également dans ce sens :

En contractant, les parties déterminent et fixent leur loi propre, la loi qu'elles entendent suivre et ainsi les effets des obligations contractuelles sont nécessairement ceux prévus et désirés par celles-ci. [...] Enfin, le juge n'a en principe et, sauf cas exceptionnels, aucun pouvoir de modifier le contenu du contrat ou de le réviser.⁹⁸

Dans la qualification de la nature juridique, la mauvaise orientation prise par le mandat en cas d'incapacité au départ semble ainsi en partie corrigée par ces récents développements en jurisprudence. Il s'agit maintenant de voir si cette tendance se maintiendra afin de repositionner correctement la véritable nature du mandat donné en prévision de l'incapacité. Toutefois, même si cette tendance jurisprudentielle se maintient, il demeure que le mandat donné en prévision de l'incapacité constitue une institution juridique déficiente au niveau de la protection du mandant. Le législateur doit intervenir afin de restructurer ces règles et de corriger les erreurs glissées lors de son adoption en 1989.

96. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 aux pp. 14-15 (Les auteurs qualifient plutôt le mandat en cas d'incapacité de contrat hybride.).

97. Baudouin et Jobin, *supra* note 35.

98. *Ibid.* à la p. 117, n.77.

2) Une institution à améliorer

L'association du mandat en cas d'incapacité aux régimes de protection découle en partie des vides juridiques existants dans les règles du mandat en cas d'incapacité. En effet, les règles relatives au mandat donné en prévision de l'incapacité ne protègent pas adéquatement le mandant advenant son incapacité. L'exploitation de la voie notariale peut s'avérer une solution intéressante aux diverses problématiques du mandat donné en prévision de l'incapacité soumises plus haut.

i) Les vides juridiques

La liberté contractuelle permet au mandant de rédiger un mandat en cas d'incapacité dans lequel il peut prévoir ce qu'il désire, sous réserve de l'ordre public. Toutefois, si la rédaction du mandat en cas d'incapacité s'avère inadéquate, les dispositions législatives actuelles sur le mandat donné en prévision de l'incapacité ne protègent pas adéquatement un mandant devenu inapte. Le législateur doit donc intervenir afin d'assurer un seuil de protection minimal et ainsi pallier les injustices qui peuvent découler d'un tel mandat en cas d'incapacité. Comme le soulignait justement le juge Baudouin :

[L]e principe de l'autonomie de la volonté a donné lieu à de légitimes critiques, parce qu'il a été poussé beaucoup trop loin, d'une part, et parce que, d'autre part, il ne tient pas compte de l'aspect social du droit. L'évolution du contexte social et du contexte économique a fait que ce principe a été grandement tempéré. L'État est intervenu, et continue d'ailleurs à intervenir de plus en plus souvent pour assurer, d'une part, le respect des droits collectifs et, d'autre part, pour pallier les injustices contractuelles.⁹⁹

La *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*¹⁰⁰ a été présentée, le 15 mai

99. *Ibid.* à la p. 112, n.71.

100. *Loi sur le curateur public, supra* note 3.

1989, à l'Assemblée nationale. Le projet de loi final a été adopté le 21 juin 1989 et sanctionné le 22 juin 1989. La rapidité avec laquelle le projet de loi est entré en vigueur a certainement à voir avec les lacunes de cette institution, en quelque sorte, inachevée.

Tout d'abord, au chapitre du contrôle des agissements du mandataire, le seul système de sécurité auquel est soumis le mandat en cas d'incapacité est l'article 2177 du *Code civil du Québec* qui prévoit que «toute personne intéressée, y compris le curateur public, peut, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux, demander au tribunal de révoquer le mandat, d'ordonner la reddition de compte du mandataire et d'ouvrir un régime de protection à l'égard du mandant.». L'article 2177 du *Code civil du Québec* permet donc au tribunal de révoquer un mandat pour tout motif sérieux, par exemple l'administration déficiente du mandataire¹⁰¹, les situations de conflits d'intérêts¹⁰², l'animosité entre les membres de la famille¹⁰³ ou si les agissements du mandataire ne sont pas dans l'intérêt du mandant¹⁰⁴.

101. *Supra* note 61.

102. Voir notamment *T. (M.) c. T. (L.-G.)* (24 avril 1997), Montréal 500-14-000533-950 et 500-14-000862-953, J.E. 97-1187 (C.S.) [*T.(M.)*] (Le juge a refusé d'homologuer le mandat en cas d'incapacité parce que la mandataire s'est placée en situation de conflits d'intérêts en recevant des dons d'une valeur de 43 000\$ de la part du mandant, alors que ses avoirs totalisent 44 000\$); *J.P. c. L.B.*, *supra* note 5 (La mandataire a dépouillé sa mère de la presque totalité de ses biens. En abusant de la confiance de sa mère, la mandataire a fait un changement de testament l'instituant légataire universelle. La mandataire reçoit également le seul immeuble que sa mère possède sans aucune charge. Le tribunal conclut donc que l'homologation du mandat en cas d'incapacité n'est pas dans l'intérêt de la mandante).

103. *Supra* note 88.

104. *Re Bédard*, *supra* note 66 (L'homologation du mandat en cas d'incapacité est refusée puisque le mandant était inapte lors de la signature du mandat en cas d'incapacité. De plus, les décisions de la mandataire ne sont pas dans l'intérêt du mandant); *T. (M.)*, *supra* note 102; *H. (L.)*, *supra* note 88; *J.P. c. L.B.*, *supra* note 5.

En conséquence, si la reddition de compte est demandée lors de la révocation du mandat en cas d'inaptitude, elle devrait normalement être exigée régulièrement en cours d'exécution du mandat. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une personne inapte à surveiller l'exécution du mandat¹⁰⁵. Comme le soulignait justement François Dupin :

Enfin, rappelons l'absence caractéristique de surveillant du mandataire, à moins évidemment que l'acte le prévoit, ce qui est rarissime dans les mandats notariés, le mandant étant à la merci de son mandataire [notes omises].¹⁰⁶

De plus, les auteurs Robert P. Kouri, Suzanne Philips-Nootens et Lucie Laflamme relatent également le caractère fondamental du devoir d'information dans l'exécution d'un mandat et plus précisément, dans le cas du mandat en cas d'inaptitude :

Une fois le mandat donné en prévision de l'inaptitude homologué, il est impossible d'en contrôler l'exécution. Pourtant, le devoir d'information qui permet d'assurer le contrôle de l'administration a maintes fois été soulevé en jurisprudence et semble fondamental en matière d'administration du bien d'autrui.¹⁰⁷

En matière de régime de protection, la reddition de compte doit être faite conformément à l'article 20 de la *Loi sur le curateur public*¹⁰⁸. Le tuteur et le curateur sont soumis à la surveillance du

105. Pineau et Gaudet, *supra* note 2 («Aucune assemblée de parents, aucun conseil de tutelle chargé de surveiller le mandataire: c'est bien dire qu'il y a entre mandant et mandataire une relation personnelle de grande confiance – tout au moins avant l'inaptitude – qui situe le premier en dehors de tout système, en dehors de tout entourage familial ou autrement amical. C'est un acte de foi à l'égard d'une personne qui est en état de gérer, mais qui n'est ni curateur, ni tuteur, ni conseiller» à la p. 270, n.127).

106. Dupin, «Matières», *supra* note 17 à la p. 72.

107. Laflamme, Kouri et Nootens, *supra*, note 31 à la p. 136.

108. Loi sur le Curateur public, L.R.Q. c. C-81. Voir également art.246 et s. C.c.Q.

curateur public tous les ans. Le législateur devrait intervenir afin d'ajouter le mandataire comme personne visée à l'article 20 de la *Loi sur le curateur public*. Contrairement au mandant dans le cas d'un mandat ordinaire, le mandant sous un mandat en cas d'incapacité est inapte à surveiller les agissements du mandataire. Celui-ci ne peut donc pas demander lui-même la reddition de compte si celle-ci s'avère nécessaire¹⁰⁹.

L'importance de la reddition de compte ne fait aucun doute à notre avis. En effet, il s'agit d'un contrôle efficace de l'exécution du mandat en cas d'incapacité. Il oblige le mandataire à justifier les dépenses et les retraits d'argent effectués dans le cadre de son administration. Ainsi, le risque d'abus financier pourrait largement être diminué par l'adoption de règles en ce sens. Dans la cause *Chartrand c. Tremblay*¹¹⁰, la Cour suprême du Canada souligne que l'obligation de reddition de compte est élémentaire dans un cas d'administration des biens d'autrui :

*[I]l est élémentaire, en effet, que la reddition de comptes est due par ceux qui administrent les biens d'autrui à quelque titre que ce soit. Ainsi doivent rendre des comptes, tout mandataire ou gérant, tuteur, héritier, bénéficiaire, curateur, exécuteur testamentaire, séquestre, associé, fiduciaire, etc., et l'une des conditions essentielles pour qu'une telle personne soit comptable, est qu'elle ait eu l'administration des biens de l'oyant-compte. [nos italiques]*¹¹¹

Plus récemment, le juge Fournier a souligné, dans l'arrêt *Labrie c. Labrie*¹¹², qu'«[i]l faut bien comprendre que la «reddition

109. Fabien, «Mandat», *supra* note 27 aux pp. 423-424.

110. *Chartrand c. Tremblay*, [1958] R.C.S. 99 [Chartrand]. Voir également *Placement Armand Laflamme inc. c. Jules Roy et Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638 [Placement Armand Laflamme].

111. *Chartrand*, *ibid.* à la p. 106.

112. *Labrie c. Labrie*, 2003-45992 (C.S) (REJB) [Labrie].

de compte» est établie pour la protection du mandant [...].»¹¹³. Si la reddition de compte s'avère aussi importante dans des cas de mandat ordinaire, a fortiori, elle devient encore plus importante dans le cas d'un mandat en cas d'incapacité¹¹⁴.

Toutefois, même si la reddition de compte demeure très importante, le tribunal ne peut l'ordonner si le mandant n'a pas prévu cette obligation dans le mandat :

La résultante nette de ces dispositions législatives est que le mandat de protection n'est pas assujéti à une obligation légale de rendre compte, que ce soit au curateur public ou à une autre personne. [...] Il faut en outre noter qu'en imposant à M. B., une obligation de rendre compte «au moins une fois l'an», le juge de première instance a ajouté aux volontés exprimées par Mme S. [notes omises]¹¹⁵.

Également, l'article 13 de la *Loi sur le curateur public* prévoit que ce dernier peut intervenir dans toute instance en homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité ou de révocation de mandat. Toutefois, comme la reddition de compte au curateur public n'est pas exigée par la loi, comment celui-ci peut-il être au courant des situations abusives et demander la révocation du mandat en cas d'incapacité? Même si l'article 27 de

113. *Ibid.* au para. 24. Voir également *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec* 2003-41448 (C.S.) (REJB) [*Pelletier*] (en appel: 200-09-004508-039; Règlement à l'amiable, 10 mai 2004) (L'importance de l'obligation d'information du mandataire semble de plus en plus acquise. Par contre, dans le cas du mandat en cas d'incapacité, à qui le mandataire doit-il s'adresser? Le vide juridique subsiste toujours).

114. Notamment à cause des risques d'abus dont le mandant est susceptible d'être victime. Voir à ce sujet Laflamme, Kouri et Nootens, *supra* note 31 à la p. 138 («Or, l'absence de mesures de contrôle relatives à l'administration du mandataire peut rendre certains mandants très vulnérables aux abus. Cette lacune en matière de mandat donné en prévision de l'incapacité est suffisamment grave pour se questionner sur l'atteinte des objectifs de protection du législateur dans ce domaine.»).

115. *D.S.* avec renvois au R.J.Q., *supra* note 40 aux pp. 471-472, aux para. 28-29.

la *Loi sur le curateur public* lui permet de faire enquête de sa propre initiative, il faut tout de même qu'il soit au courant de l'administration du mandataire afin d'exercer efficacement ce pouvoir d'enquête qu'il détient. De plus, la révocation du mandat prévue à l'art. 2177 C.c.Q. perd de son efficacité si les personnes entourant le mandant ne peuvent être au courant de l'administration du mandataire¹¹⁶. La situation de vulnérabilité des personnes inaptes étant accrue aujourd'hui, il faut instaurer un système de surveillance adapté où le curateur public pourra intervenir adéquatement. La protection des personnes inaptes, même dans le cas d'un mandat en cas d'inaptitude, doit passer par un encadrement législatif.

La liberté contractuelle permet aux parties contractantes de prévoir les règles auxquelles elles veulent se soumettre. Par contre, lorsque les deux cocontractants ne sont pas sur le même pied d'égalité, le législateur doit intervenir afin de repositionner les parties. Une disposition supplémentaire au chapitre du mandat donné en prévision de l'inaptitude afin d'exiger une reddition de compte régulière, soit à une assemblée de parents ou au curateur public, est souhaitable afin de bonifier la protection de base que l'on devrait accorder au mandant devenu inapte¹¹⁷. Les propos d'Hélène Brassard abondent dans ce sens :

Se référant à l'article 20 de la *Loi sur le Curateur public*, le mandataire n'aura pas à faire rapport annuellement au Curateur public. Ainsi, il est loisible au mandant de demander que le mandataire fasse un compte rendu annuel de sa gestion auprès des autres membres de la famille ou à quelque autre personne de son choix. Toujours en tenant compte de l'importance du patrimoine

116. Laflamme, *supra* note 29 aux pp. 116-117.

117. Ainsi, des situations aberrantes comme dans la cause *L.D. c. S.U.-R.*, (3 avril 1997), Iberville 755-14-000065-953, AZ-97026211, B.E. 97 BE-506 serait évitée. Dans cette affaire, le juge reproche à la mandataire de ne pas avoir rendu compte à la majeure inapte !

à gérer, le mandant pourra exiger du mandataire qu'il fournisse une sûreté.¹¹⁸

De plus, le mandat en cas d'incapacité échappe au contrôle périodique auquel sont soumis les régimes de protection¹¹⁹. Lors de la révision d'un régime de protection, les mêmes formalités prévues pour l'ouverture d'un régime de protection s'appliquent¹²⁰. Ainsi, le curateur, le tuteur ou le conseiller doit produire une nouvelle évaluation médicale et psychosociale¹²¹. L'incapacité du majeur sous régime de protection se trouve alors à être évaluée périodiquement par un professionnel de la santé. L'évaluation de l'incapacité ne se retrouve donc pas seulement entre les mains du représentant légal. Le tribunal doit également procéder à l'interrogatoire du majeur¹²². Cet interrogatoire lui permet alors de vérifier lui-même l'incapacité de la personne ainsi que ses volontés. Le législateur devrait donc soumettre le mandat en cas d'incapacité à un contrôle périodique comme en matière de régime de protection.

Du côté des pouvoirs accordés au mandataire, il y a également place à une intervention législative. Un amendement à l'article 2135 du *Code civil du Québec* serait souhaitable afin d'imposer d'office un régime qui accorde des pouvoirs de simple administration des biens dans le cas du mandat donné en prévision de l'incapacité. La simple administration des biens assure un seuil minimal de protection au mandant en assujettissant le mandataire à des mesures de contrôle relativement à certains actes. Le mandant qui désire un régime accordant des pouvoirs de pleine administration à son mandataire devrait alors le mentionner expressément dans son mandat. Le législateur pourrait même contraindre le mandant à faire la

118. Hélène Brassard «Réflexions sur le sort des aînés inaptes depuis l'avènement de la Loi sur le curateur public» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Le droit des personnes inaptes* (1992), Cowansville, Yvon Blais, 1992, 167 aux pp. 188-189.

119. Art. 277-278 C.c.Q.

120. Art. 884 C.p.c.

121. Art. 877.0.2 C.p.c.

122. Art. 878 C.p.c.

nomenclature des actes de pleine administration permis à son mandataire¹²³.

Évidemment, toute cette proposition se fait dans un souci d'accorder une protection accrue au mandant inapte. Un seuil minimal de protection est préférable à l'efficacité de l'administration du mandataire puisque le mandant s'en trouve mieux protégé. En effet, les personnes ayant le plus besoin de protection doivent bénéficier d'un régime répondant à leurs besoins et pouvant pallier les injustices découlant d'un mandat en cas d'incapacité incomplet ou inadéquat.

Dans le cadre d'une restructuration des règles sur le mandat en cas d'incapacité, le législateur devrait également étudier l'opportunité d'accorder un pouvoir accru à la profession notariale en matière de mandat en cas d'incapacité.

ii) La voie notariale

Lors de la consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, Me Jean Lambert, alors président de la Chambre des notaires, expose brillamment dans quelle société «judiciaire» nous vivons actuellement :

L'âge d'or du système anglo-saxon de la «common law», à notre avis, est révolu, alors que la société de gentlemen, puritaine, ordonnée et très disciplinée par des valeurs religieuses et morales profondes, a fait place à un monde très individualisé, avec un système de valeurs éclatées, et où la parole donnée n'a que peu d'importance. *Concrètement, c'est l'inflation judiciaire et la multiplication des litiges.*[nos italiques]¹²⁴

123. Concernant l'article 2135 C.c.Q., voir Fabien, «Mandat», *supra* note 27 à la p. 420.

124. Lambert, «Consultation générale», *supra* note 2 à la p. SCI-257.

Dans ce contexte, Me Lambert invite «le législateur, à repousser la judiciarisation de notre droit privé en s'inspirant davantage des sources civilistes et en utilisant plus fréquemment les instruments qu'il possède déjà; par exemple, l'acte authentique et l'intervention de cet officier public original qu'est le notaire»¹²⁵. Selon Me Lambert, accorder autant de pouvoirs aux tribunaux, c'est méconnaître le «rôle du notaire en tant qu'officier public et sa fonction déjudiciarisante»¹²⁶.

Un mandat en cas d'inaptitude sous forme notariée atténue la judiciarisation du processus entourant l'homologation. En effet, si le mandat en cas d'inaptitude était notarié, celui-ci serait un acte authentique comme le prévoit l'article 2819 C.c.Q.. L'article 2819 C.c.Q. prévoit que l'acte notarié «fait alors preuve, à l'égard de tous, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement»¹²⁷. Par contre, l'acte sous seing privé, c'est-à-dire l'acte signé devant deux témoins, doit être prouvé lorsqu'il est invoqué par une partie¹²⁸. Donc, un mandat en cas d'inaptitude signé devant deux témoins exige une étape de plus pour le mandataire dans sa requête en homologation.

L'intervention du notaire comme officier public fait donc du mandat en cas d'inaptitude un document authentique difficilement contestable. En effet, le seul dépôt de l'acte authentique fait preuve à l'égard de tous sans que la partie qui désire s'en prévaloir ait à prouver l'ensemble des faits qu'il contient. Pourquoi alors n'exige-t-on pas que le mandat en cas d'inaptitude soit notarié, comme c'était l'idée en premier lieu? Des modifications devraient être apportées en ce sens à l'article 2166 C.c.Q. Cette exigence pourrait peut-être contribuer à diminuer, en partie, le contentieux en matière d'homologation¹²⁹.

125. *Ibid.* à la p. SCI-258.

126. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 89.

127. Art. 2814 (6) C.c.Q.

128. Art. 2828 C.c.Q.

129. Grimaldi, *supra* note 46 aux pp. 21-23.

Par l'adoption de la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*¹³⁰ en 1998, le législateur a voulu attribuer certaines compétences au notaire, notamment en matière d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité¹³¹. Selon ces nouvelles dispositions, le notaire doit rassembler l'ensemble des preuves nécessaires à l'homologation du mandat. Selon l'article 884.8 C.p.c., le notaire doit obtenir une évaluation médicale et psychosociale. De plus, il doit interroger le majeur afin de constater son incapacité et vérifier la validité du mandat s'il est fait devant témoins. Cette nouvelle façon de faire soulève des interrogations puisque des attributs du pouvoir judiciaire se retrouvent entre les mains du notaire :

Nous avons mis en évidence que dans les nouvelles procédures judiciaires non contentieuses devant notaire, le pouvoir de juger n'est pas pour autant passé entre les mains du notaire sauf pour la vérification des testaments ou les lettres de vérifications où, encore là, le pouvoir du notaire est celui d'opiner. Si le pouvoir de juger n'est pas déferé au notaire, le rassemblement et l'appréciation de la preuve, l'audition des témoignages, l'obligation d'agir dans l'intérêt et la sauvegarde des intérêts de la personne visée sont pourtant des attributs du pouvoir judiciaire.¹³²

Par contre, Michel Beauchamp souligne justement que le notaire ne se retrouve quand même pas avec le pouvoir de décider de la requête en homologation :

Il est important de préciser dès maintenant que le notaire ne s'est pas vu attribuer un rôle judiciaire ou quasi-judiciaire. En aucun temps, le notaire n'a un pouvoir décisionnel sur l'issue de la demande. Son rôle se limite à

130. P.L. 443, *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, 2e sess., 35e lég., Québec, 1998 (sanctionné le 21 octobre 1998), L.Q. 1998, c.51.

131. Art. 863.4 C.p.c.

132. Michel Beauchamp et Brigitte Roy, «Les nouvelles procédures judiciaires non contentieuses devant notaire», [1999] 2 C.P. du N. 123 à la p. 143.

recueillir la preuve et à émettre son opinion professionnelle sur la demande qui lui a été faite. Le Tribunal, suite au dépôt du rapport du notaire, pourra, soit en accueillir les conclusions soit les rejeter ou émettre toute autre ordonnance. Comme pour règles devant le tribunal, ce dernier n'est pas lié par la demande ni par les *conclusions du notaire*.¹³³

Au tout départ, l'idée du mandat en cas d'incapacité constituait une avenue notariale simple et peu coûteuse pour permettre à une personne de prévoir à l'avance la gestion de son patrimoine et de son bien-être en général¹³⁴. Or, aujourd'hui, nous nous retrouvons avec un mandat en cas d'incapacité pouvant être fait sous seing privé et avec un processus judiciaire de requête en homologation de mandat. Il faut dire que l'objectif de déjudiciarisation et de diminution des coûts pour les citoyens ne semble pas atteint.

Également, l'adoption de la loi en 1998 n'a en rien amélioré la situation quant aux délais. En effet, l'article 863.9 al.2 C.p.c. prévoit que «[l]e notaire doit notifier une copie de son procès-verbal aux personnes intéressées [...]; le procès-verbal doit être accompagné d'un avis d'au moins 10 jours de la date de son dépôt au greffe du tribunal». Il est également mentionné à cet article que si aucune opposition n'a lieu dans le délai de dix jours, «le juge ou le greffier peut en accueillir les conclusions sans autre délai». Or, ce qui est particulier, c'est que l'article suivant ajoute un délai de dix jours supplémentaires pour permettre aux personnes intéressées de s'opposer au procès-verbal du notaire, en dehors de quoi le juge ou le greffier pourra accueillir les conclusions du procès-verbal ou rendre toutes autres ordonnances nécessaires. Michel Beauchamp souligne que l'objectif de simplification des procédures n'est pas nécessairement atteint :

133. Michel Beauchamp, «Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critiques» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, 53 à la p. 56 [Beauchamp, «Compétences»].

134. Lambert, «Mandat de protection», *supra* note 5 à la p. 88.

L'un des buts de cette modification législative était de simplifier le processus d'homologation de mandat et de raccourcir les délais pour l'obtention d'un jugement en homologation. Force nous est d'admettre que le but n'a pas été vraiment atteint.¹³⁵

Bien que la nouvelle loi adoptée en 1998 semble être un pas dans la bonne direction, il reste que les effets souhaités et réels ne sont pas les mêmes. Peut-être aurons-nous un jour l'audace d'adopter une façon de faire entièrement déjudiciarisée pour servir les intérêts des citoyens, comme l'a fait l'Ontario en 1992 :

[E]n décembre 1992, la province d'Ontario adopta la *Loi prévoyant la prise de décision au nom d'adultes en ce qui concerne la gestion de leurs biens et le soin de leur personne* qui retint une approche entièrement déjudiciarisée en matière de tutelle au majeur, avec les adaptations nécessaires, l'Ontario, on le sait, ne connaissant pas la profession notariale.¹³⁶

Heureusement, la dernière année en matière de jurisprudence nous permet maintenant d'associer davantage le mandat donné en prévision de l'incapacité à un contrat plutôt qu'à un régime de protection. Toutefois, les vides juridiques doivent rapidement être comblés par le législateur pour nous permettre un jour d'arriver au résultat que tous avaient souhaité : une institution juridique permettant à toute personne de nommer son représentant légal avec les pouvoirs qu'elle veut bien lui accorder et s'assurer d'un contrôle efficace de la gestion de ce « régime de protection » taillé sur mesure.

CONCLUSION

Le courant jurisprudentiel majoritaire a considéré le mandat en cas d'incapacité comme un régime de protection. Or, les modifications législatives effectuées par le législateur et les

135. Beauchamp, « Compétences », *supra* note 133 à la p. 66.

136. Lambert, « Mandat de protection », *supra* note 5 à la p. 88.

récents développements jurisprudentiels démontrent que la tendance contractuelle se confirme. Pourtant, plusieurs juristes résistent encore à cette nouvelle vision du mandat donné en prévision de l'incapacité. Les lacunes juridiques au niveau de la protection accordée au mandant une fois devenu inapte ne sont certainement pas étrangères à cette réticence. Une révision approfondie des règles sur le mandat donné en prévision de l'incapacité s'impose afin de lui donner une place privilégiée dans le droit civil québécois.

Il existe cependant d'autres problématiques lorsque l'on s'interroge sur la mise en œuvre du mandat en cas d'incapacité. En effet, il ne suffit pas qu'une personne ait complété un mandat en cas d'incapacité pour croire que tout est réglé et qu'il n'advient aucun problème une fois la personne devenue inapte¹³⁷. Des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre en milieu institutionnel peuvent surgir.

En effet, «un des obstacles majeurs semble être la question des attitudes des médecins ou même d'autres membres du personnel hospitalier. La conception que ceux-ci se font de l'intérêt de leurs patients entre quelquefois en conflit avec les directives ou souvent les médecins les croient inutiles»¹³⁸. L'attitude des professionnels de la santé est certainement due à une méconnaissance du rôle et de la place que l'on devrait accorder au mandat en cas d'incapacité. Comme l'être humain constitue maintenant la pierre d'angle du Code civil du Québec, la reconnaissance du mandat en cas d'incapacité en milieu institutionnel apparaît comme étant une prochaine étape dans l'évolution du droit.

L'exécution du mandat en cas d'incapacité doit être assujettie au principe d'autodétermination de la personne. Il s'agit de l'instrument de prédilection par excellence afin d'assurer le respect des dernières volontés d'une personne devenue inapte.

137. Chalifoux, *supra* note 51 à la p. 21.

138. *Ibid.* à la p. 38. Voir aussi Laflamme, *supra* note 29 aux pp. 118-119.

Une sensibilisation auprès des professionnels de la santé s'impose afin d'assurer une mise en œuvre efficace du mandat donné en prévision de l'inaptitude.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA LIBERTÉ DE TESTER : ÉVOLUTION ET RÉVOLUTION DANS LES
REPRÉSENTATIONS DE LA DOCTRINE QUÉBÉCOISE

Auteur(s) : Christine MORIN

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **339-384**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

LA LIBERTÉ DE TESTER : ÉVOLUTION ET RÉVOLUTION DANS LES REPRÉSENTATIONS DE LA DOCTRINE QUÉBÉCOISE*

par Christine MORIN**

La doctrine affirme généralement que l'évolution des normes juridiques en matière de liberté de tester dépend de l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine dans une société. Dans cet article, l'auteure étudie comment cette évolution s'est traduite dans la doctrine québécoise.

L'étude rappelle que la liberté illimitée de tester – une liberté «imposée» par les Anglais – a été largement critiquée par la doctrine parce qu'elle faisait fi de la famille du défunt. L'étude montre cependant comment cette même liberté de tester a d'abord été «encensée» par la doctrine – cette fois-ci, à titre de principe du droit civil québécois – parce qu'elle correspondait à une conception personnelle de l'appartenance du patrimoine.

It is generally held in legal doctrine that juridical norms relating to testamentary freedom evolve as a reflection of a society's conceptualization of the family and of the notion of ownership. In this article, the writer examines how this evolution has found its place in Québec doctrine.

The article underlines that the unfettered freedom of disposition by will - a freedom «imposed» through the influence of English law - has been widely criticized in legal literature because of an inherent disregard for the family of the deceased. The writer points out how originally, the principle of freedom of willing was enthusiastically embraced by legal writers because it was viewed as a principle of Quebec civil law in that it reflected an individualistic approach to patrimonial ownership.

*, L'auteure remercie les professeurs Alain Roy, Pierre Noreau et Sylvio Normand pour avoir accepté de lire et de commenter une première version de ce texte. Elle remercie également le Fonds québécois pour la recherche sur la société et la culture (FQRSC) et la Chambre des notaires du Québec pour leur aide financière.

**, Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

1.	Une représentation familiale du patrimoine qui justifie l'imposition de restrictions	345
1.1	Des volontés morales en présence d'une famille	347
1.2	Une protection minimale de l'époux survivant et des enfants	354
1.3	Une reconnaissance de l'apport de l'époux à l'accumulation des biens	363
2.	Une représentation individualiste du patrimoine qui justifie la liberté illimitée de tester	369
2.1	Une conséquence logique de la propriété	370
2.2	Une liberté qui vient du droit naturel.....	374
2.3	Un principe du droit civil québécois.....	378
	Conclusion	383

La doctrine mentionne fréquemment que la loi évolue – et qu'elle doit évoluer – avec la société qu'elle régit. Ce faisant, la doctrine reconnaît que le droit n'est pas «naturel», «universel» ou «inévitabile»; qu'il peut être considéré comme un «artefact culturel»¹, un produit de la réalité sociale². C'est le cas, notamment, en matière de droit qui concerne la famille où les tendances socialement valorisées d'ordre non juridique sont souvent déterminantes lorsqu'il s'agit de l'évolution de la loi³.

Plus précisément en matière de droit successoral, les juristes considèrent généralement que l'état du droit dépend de la conception que les membres d'une société se font de la famille et de la propriété à une époque donnée. Plusieurs exemples de cette association des concepts de *famille* et de *patrimoine* sont donnés

-
1. Douglas Litowitz, «The Social Construction of Law: Explanations and Implications» (2000) 21 *Studies in law, Politics and Society* 215 à la p. 217 [Litowitz].
 2. Quelques exemples où le droit est étudié à ce titre : Litowitz, *ibid.* nn. 1, 217, 219, 228; Louis Assier-Andrieu, «Le juridique des anthropologues» (1987) 5 *Dr. et Soc.* 89 à la p. 91; Donald Poirier, *La protection des personnes âgées. Étude socio-juridique comparée du Nouveau-Brunswick et des provinces canadiennes*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 1993 à la p. 50 [non publié]; Lucie Lemonde, *L'émergence et l'impact du droit carcéral*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 1995 [non publié]; Bjarne Melkevik, «Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations pratiques» dans Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1998 à la p. 19; Pierre Noreau, «La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire» (2000) 19 *Politique et Sociétés* 153.
 3. Louis Baudouin, «La réception du droit étranger en droit privé québécois» dans Centre National de la Recherche Scientifique, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Cujas, 1963, 3 à la p. 22 [Baudouin, «La réception du droit étranger»]. Que ce soit en matière de droit de la propriété ou de droit de la famille, les auteurs ont souvent reconnu les liens qui existent entre le contenu de la législation et les représentations sociales. Michel Pourcelet, «L'évolution du droit de propriété depuis 1866» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t.II, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 3.

dans la doctrine en droit successoral⁴. Par exemple, Vialleton et Raucent expliquent que les grandes idées qui commandent la succession sont les notions de famille et de patrimoine⁵. Dans le même sens, Scott écrit que le droit successoral touche principalement à deux institutions de la société : la famille et la propriété privée⁶. Encore aujourd'hui, cette idée est réaffirmée par des auteurs comme Brière qui estime que «l'évolution du droit successoral a nécessairement été influencée par la mutation des conceptions de la famille et de la propriété⁷» ou comme Grimaldi qui explique que ce droit «réfléchit l'évolution respective du droit de la famille et du patrimoine : signe qu'il se trouve sous leur dépendance»⁸.

-
4. Mireille D. Castelli, *Patrimoine et conjoint : L'évolution comparée de la place du conjoint dans la famille en France et au Québec à travers le droit des successions et des libéralités*, thèse de doctorat, Québec, École des gradués, Université Laval, 1972, aux pp. 4-5 [Castelli, *Patrimoine et conjoint*]; André Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, France, L.G.D.J., 1960, n° 43 aux pp. 49-50 [Morel, *Les limites*]. Colette Carisse, «La liberté de tester : le point de vue du sociologue» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t.I, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 109 [Carisse]. Cette sociologue a écrit que la liberté testamentaire met en cause «l'organisation même de la vie familiale de même que notre idéologie sur la propriété privée».
 5. Léon Raucent, *Les successions : Droit patrimonial de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p. 35; Henri Vialleton, «Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le Code civil» dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t.II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 577 à la p. 580.
 6. Francis Reginald Scott, «The Law of Successions in the Quebec and in the French Civil Codes» dans *Le droit civil français, Livre-Souvenir des Journées du droit civil français*, Paris/Montréal, Le Barreau de Montréal/Sirey, 1936 [le droit civil français] aux pp. 177-178 [Scott].
 7. Germain Brière, *Droit des successions*, 3e éd. revue et mise à jour par Jacques Beaulne, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 à la p. 6 [Brière, *Droit des successions*].
 8. Michel Grimaldi, *Droit civil : Successions*, 6e éd., Paris, Litec, 2001 au n° 8 à la p. 6 et n° 14 à la p. 10 [Grimaldi]. Grimaldi souligne également que le droit patrimonial de la famille est non seulement le reflet mais aussi l'instrument d'une évolution du droit de la famille et du droit du patrimoine.

Des auteurs établissent également un lien entre la liberté de tester et la signification accordée à la famille et au patrimoine en comparant le droit romain et le droit coutumier. En droit romain, une nette prépondérance aurait été accordée à la liberté de disposer de ses biens à son décès en raison de la valorisation du droit de propriété alors qu'au contraire, en droit coutumier, cette liberté de disposition aurait été limitée en raison de la valeur conférée aux droits et aux devoirs familiaux⁹.

La doctrine classique se rallie donc à l'idée qu'il existe des liens étroits entre l'évolution de la liberté de tester et l'évolution des représentations sociales de la *famille* et du *patrimoine*¹⁰. Selon les différentes études réalisées, l'état du droit successoral peut être considéré comme le résultat de la recherche d'un certain équilibre entre la famille et le patrimoine. Cet équilibre varierait selon le poids accordé par une société aux enjeux matériels et symboliques qu'elle associe à la famille et au patrimoine¹¹.

-
9. Grimaldi, *ibid.* n° 50-51 aux pp. 43-45; André Morel, «L'apparition de la succession testamentaire. Réflexions sur le rôle de la jurisprudence au regard des codificateurs» (1966) R. du B. 499 à la p. 505; M. Nuyens, «La condition patrimoniale du couple et du conjoint survivant en droit romain» dans Travaux des journées d'études Jean Dabin, *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p. 257.
 10. Voir Denise Jodelet, «Représentation sociale : phénomènes, concept et théorie» dans Serge Moscovici, dir., *Psychologie sociale*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 357 à la p. 361. Le concept de «représentation sociale» désigne «une forme de connaissance spécifique, le savoir de sens commun, dont les contenus manifestent l'opération de processus génératifs et fonctionnels socialement marqués. Plus largement, il désigne une forme de pensée sociale». Bien entendu, nous ne prétendons pas que les représentations sociales de la famille et du patrimoine sont les «seules» variables déterminantes en matière de droit successoral.
 11. Alain Sériaux, «La notion juridique de patrimoine : Brèves notations civilistes sur le verbe avoir» dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 311 à la p. 322. Mentionnons que Sériaux va même jusqu'à proposer que le critère ultime de la «patrimonialité» serait la vocation successorale du bien.

Au Québec, la liberté de tester a été introduite formellement dans le droit québécois en 1774 par l'Acte de Québec¹² et cette liberté a longtemps été qualifiée de «illimitée»¹³. Aujourd'hui cependant, même si les testateurs québécois ont toujours la liberté de régler la dévolution de leurs biens comme ils le souhaitent, ils ne peuvent ignorer les droits de leur conjoint dans le patrimoine familial¹⁴, pas plus qu'ils ne peuvent négliger les besoins de leurs créanciers d'aliments¹⁵. Dans les faits, la liberté de tester n'est donc plus «illimitée».

La doctrine soutenant que l'évolution des normes juridiques en matière de liberté de tester dépend de l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine, nous avons voulu étudier comment cette évolution s'est traduite dans la doctrine québécoise¹⁶. Pour ce faire, nous avons analysé la

-
12. *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.
 13. J. Émile Billette, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Excelsior, 1933 au n° 27 à la p. 19 [Billette, *Traité théorique*]; Germain Brière, *Les Libéralités*, 8e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982 au n° 24 à la p. 29; Albert Mayrand, *Traité élémentaire de droit civil, Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971 au n° 3 à la p. 4 [Mayrand]; Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4, Montréal, C. Théorêt, 1899 à la p. 236 [Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4]; Louis Pratte, «L'intervention législative et la liberté de tester : la leçon du droit comparé» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : livre du centenaire du Code civil*, t. I, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 119 [Pratte]; Hervé Roch, *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 aux pp. 272-274; Morel, *Les limites*, *supra* note 4 aux pp. 1-2. Dans sa thèse publiée en 1960, Morel explique que la liberté de tester au Québec est passée à l'état d'axiome et de postulat incontesté. Soulignons que le *Code civil du Bas Canada* utilise l'expression «liberté absolue de tester», à l'article 839.
 14. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art. 416 [C.c.Q.]. Rappelons que le décès d'un époux - ou d'un conjoint uni civilement - est l'un des cas où la valeur du patrimoine familial doit être partagée.
 15. *Ibid.* Art. 684-695.
 16. Par la doctrine, nous référons ici à l'«ensemble des ouvrages juridiques», conformément à l'une des définitions données à ce terme par l'Association Henri-Capitant. Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6e

doctrine québécoise publiée entre le moment de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* et celui de la présentation du premier projet de loi destiné à réformer le droit successoral québécois dans le nouveau Code civil¹⁷. Ce sont les résultats de cette analyse que nous présenterons dans les pages qui suivent.

Nous verrons d'abord que dès les années 1930, une partie de la doctrine critique largement la liberté de tester – une liberté qu'elle dit «imposée» par les Anglais – qui fait fi de la famille (1)! Nous montrerons cependant ensuite que ces critiques taisent généralement le fait que la liberté illimitée de tester a d'abord été encensée par la doctrine – à titre de principe du droit civil québécois –, au nom du respect de la propriété privée (2).

L'étude des représentations sociales tirées de la doctrine québécoise est utile parce qu'elle permet de mieux comprendre l'évolution législative des normes relatives à la liberté de tester au Québec. Elle l'est également parce qu'elle révèle qu'en matière d'évolution des normes, le respect de la tradition civiliste est tantôt un impératif, tantôt une considération secondaire.

1. Une représentation plus familiale du patrimoine qui justifie l'imposition de restrictions

Il est utile de rappeler que le cadre général du droit successoral québécois tire ses origines du droit français, mais que la primauté qu'il accorde à la liberté de tester provient du droit

éd., Association Henri-Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2004 à la p. 319.

17. P.L. 107, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, 3^e sess., 32^e lég., Québec, 1982 (présentation 17 décembre 1982, mort au feuillet). Pour une étude critique de ce projet de loi, voir Mireille D. Castelli, «Les grandes lignes du projet de loi no 107, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions; présentation, et critiques» (1983) 85 R. du N. 387 et Jacques Beaulne, *Les régimes de désignation et de cessation des fonctions du liquidateur dans le P.L. no 107 portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, mémoire de maîtrise, Ottawa, Faculté des études supérieures, Université d'Ottawa, 1985 [non publié].

anglais¹⁸. En effet, après avoir été restreinte sous la Coutume de Paris¹⁹, la liberté de tester a été officiellement introduite dans le droit canadien par l'*Acte de Québec*²⁰. En 1801, une nouvelle loi était adoptée afin de confirmer la liberté de tester sans aucune réserve ni restriction et, par le fait même, de supprimer les incertitudes qui résultaient de la rédaction de l'*Acte de Québec*²¹.

Dès les années 30 cependant, une partie de la doctrine condamne la liberté absolue de tester. S'il n'y a pas de consensus quant à la définition exacte du problème posé par la liberté de tester ni quant à la façon d'intervenir pour régler le problème, plusieurs auteurs qualifient néanmoins la liberté testamentaire de «problème du droit successoral québécois».

Certains auteurs insistent sur l'importance du caractère moral de la législation qui concerne la famille (1.1), d'autres s'inquiètent de l'absence de règles permettant d'assurer une

-
18. Germain Brière, *Précis du droit des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 au n° 260 à la p. 179. Le professeur Brière souligne que dans l'étude du testament, la liberté est «probablement sa caractéristique prédominante».
 19. Yves F. Zoltvany, «Esquisse de la Coutume de Paris» (1971) 25 R.H.A.F. 365 à la p. 381 [Zoltvany]. Rappelons que la Coutume de Paris délimite le pouvoir de tester des habitants de la Nouvelle-France par différentes règles impératives, comme c'est le cas en France. La Coutume témoigne d'une conception *lignagère de la famille et du patrimoine*. À titre d'exemples, voir les articles 292, 296 et 298 de la Coutume de Paris.
 20. *Acte qui règle plus solidement le Gouvernement de la Province de Québec de l'Amérique Septentrionale (An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America)*, 14 Geo. III, c. 83, art. X. Le reste du droit familial et successoral demeurerait cependant régi par le droit civil français, c'est-à-dire par la Coutume de Paris.
 21. *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté*, 41 Geo. III, c. 4; Morel, *Les limites*, *supra* au note 4 n° 30 à la p. 35. André Morel affirme que la loi de 1774 avait engendré un véritable «imbroglio». Voir aussi Evelyn Kolish, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : attitudes et réactions des contemporains*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1980 aux pp. 322-338 [non publié] [Kolish].

protection économique minimale de l'époux survivant et des enfants (1.2) alors que d'autres encore se questionnent sur le caractère conjugal du patrimoine accumulé par les époux pendant leur vie commune (1.3). Dans tous les cas, c'est l'individualité du patrimoine – ou une conception purement *personnelle* du patrimoine²² – qui est remis en question eu égard à la famille.

1.1 Des volontés morales en présence d'une famille

Plusieurs passages de la doctrine québécoise révèlent l'intérêt porté à la «moralité» des normes relatives à la famille par certains auteurs.

Au moment de la première codification du droit civil québécois, les codificateurs notent que la loi pose déjà «le principe de la liberté absolue de tester»²³. Cette règle est donc celle qui est réitérée à l'intérieur du Code civil puisque le mandat des codificateurs est d'écrire le droit en vigueur²⁴. Néanmoins, le texte relatif à la liberté de tester qui est proposé par les codificateurs contient une mention relative à la prohibition des «dispositions ou conditions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs» qui

22. Voir Mireille D. Castelli, «L'évolution du droit successoral en France et au Québec» (1973) 14 C. de D. 411 et Castelli, *Patrimoine et conjoint*, *supra* note 4. Nous empruntons cette typologie à la professeure Castelli qui distingue trois conceptions du patrimoine : lignagère, personnelle et conjugale. La conception lignagère du patrimoine serait fondée sur les liens du sang, ce qui aurait pour effet d'exclure qu'une personne puisse avoir des droits dans le patrimoine de son conjoint. La conception personnelle du patrimoine tient au fait que seul le propriétaire a des droits sur ses biens, il est donc libre d'en faire ce qu'il veut. La conception conjugale tient compte, pour sa part, de la destination conjugale de certains biens accumulés par une personne.

23. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865 à la p. 168 [*Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*].

24. *Ibid.*; *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.P.C. 1857, c. 43, Statut 20, c. 43; Edmond Lareau, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 2, Montréal, A. Périard, 1889 aux pp. 275-276 [Lareau].

était absente des statuts²⁵. Si la liberté de tester est absolue, cet ajout vient confirmer que les codificateurs jugent qu'elle doit néanmoins s'exercer à l'intérieur de balises fixées par l'ordre public et les bonnes mœurs.

Mignault explique aussi que «cette liberté est *illimitée* comme toute autre liberté bien ordonnée. C'est-à-dire, elle n'a d'autres limites que celles que la loi, les bonnes mœurs et l'ordre public lui tracent»²⁶. Il ajoute toutefois qu'il restera à vérifier, notamment dans le cas de legs entre concubinaires, «si le testament n'est pas atteint du vice de la suggestion ou de la captation»²⁷. Malgré le fait que Mignault valorise l'autonomie de la volonté du propriétaire relativement à ses biens, il signale l'importance de la validité du consentement du testateur et du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs.

La première véritable critique de la liberté de tester que nous avons retrouvée dans la doctrine québécoise est cependant l'œuvre de J. Émile Billette. Dans un ouvrage publié en 1933, Billette qualifie la liberté de tester de :

Principe immoral que n'ont connu que la civilisation anglo-saxonne et la barbarie des Romains de la loi des Douze Tables, et qui permet à un testateur avili, d'oublier les siens en faveur d'une prostituée quelconque! Il est triste que la famille canadienne-française, cellule d'un ordre social qu'on se plaît à admirer et envier, soit constamment en butte aux principes les plus

25. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, supra note 23 art. 82 (qui deviendra l'article 831 C.c.B.C.). Ce changement sera souligné par différents auteurs dont Morel. Selon lui, cette référence aurait dû conduire à une interprétation de la liberté de tester qui soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Voir Morel, *Les limites*, supra note 4.

26. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 4, supra note 13 à la p. 236.

27. *Ibid.* à la p. 259.

pervertissants et exposée à en absorber les miasmes délétères.²⁸

Billette ne cache pas son profond désaccord avec la norme juridique relative à la liberté testamentaire qu'il juge immorale et il ne manque pas de rappeler que la liberté testamentaire a été imposée aux Québécois par les Anglais²⁹! Selon Billette, l'immoralité de la liberté illimitée de tester s'explique par son origine anglo-saxonne³⁰.

Il explique également que l'état social requiert que des restrictions soient apportées au droit de propriété, notamment lorsqu'il est question de la transmission des biens au décès³¹. Il juge que le droit positif doit être une transposition du droit naturel, mais qu'il doit aussi respecter certaines règles morales³².

Soulignons que Billette ne s'oppose toutefois pas de façon générale à la liberté testamentaire. Notamment, il est favorable à la faculté accordée au testateur de faire des legs dont la validité

28. Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 avant-propos et au n° 27 à la p. 19. Billette, qualifie également la liberté testamentaire de «principe de licence» n° 95 à la p. 67 et n° 128 à la p. 88.

29. *Ibid.* au n° 27 à la p. 19. Scott souligne aussi que les Anglais sont responsables de la liberté de tester. Scott, *supra* note 6 à la p. 178.

30. Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 au n° 27 à la p. 19. Quant à ceux qui souhaitent voir disparaître les anciennes restrictions françaises en matière de donations sous prétexte d'illogisme avec le droit successoral, Billette réplique qu'il s'agit là d'une «hallucination bien caractéristique d'une formation intellectuelle essentiellement fausse et d'un cerveau rompu au fin jeu de balançoire». Pour cet auteur, la cohérence de l'ensemble du droit des libéralités ne doit pas exister au détriment d'un certain ordre fondé sur des considérations morales.

31. *Ibid.* au n° 3 aux pp. 2-3.

32. *Ibid.* au n° 2 à la p. 2. Du point de vue de Billette, «le droit positif n'est ou ne devrait être que l'expression ou la confirmation du droit naturel». Il ajoute que le droit de disposition à titre gratuit n'est «pas une création artificielle du législateur. Il est une conséquence nécessaire ou plutôt un élément essentiel du droit de propriété, et puisé aux mêmes sources». Notons immédiatement que cette représentation du droit est aussi partagée par des auteurs en faveur de la liberté absolue de tester. *Infra* partie 2.2.

est subordonnée à une condition telle la religion du légataire, Billette ne voyant «rien d'immoral, d'illégal, d'anti-social» dans le fait de donner ses biens à ceux, parmi ses enfants, qui sont de religion catholique ou protestante³³. La morale défendue par Billette tient surtout à une certaine protection de la famille «légitime».

Évidemment, tous ne partagent pas l'avis de Billette³⁴, mais quelques années plus tard, des juristes se joignent à lui pour dénoncer «l'immoralité» de la liberté de tester. Certains de ces auteurs remettent en cause l'interprétation de l'article 831 du *Code civil du Bas Canada* qui est faite par les tribunaux. Selon eux, les tribunaux n'accordent pas suffisamment d'importance à la mention «sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs» prévue à cette disposition législative qui pose la règle de la liberté de tester³⁵. Ils considèrent que cette mention devrait permettre de limiter la liberté des testateurs qui enfreignent l'ordre public et les bonnes mœurs par leurs dispositions testamentaires, et ce, sans qu'on ait à modifier le Code civil. Comme Billette, ces auteurs voient un problème de moralité dans l'exercice qui peut être fait de la liberté illimitée de tester.

À titre d'illustration de legs que ces auteurs jugent contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ils donnent l'exemple du legs universel en faveur d'une concubine au détriment d'une épouse légitime³⁶ et celui du legs à un enfant

33. *Ibid.* au n° 116 à la p. 81.

34. D'autres auteurs soulignent plutôt que les codificateurs n'ont suggéré aucune modification à la liberté de tester qui était un système «profondément entré dans les mœurs et parfaitement adapté à notre mentalité». Joseph Sirois, «Liberté de tester – quotité disponible – partage», *Le droit civil français*, *supra* note 6 à la p. 225.

35. Edouard Fabre-Surveyer, «Un cas d'ingérence des lois anglaises dans notre Code civil» (1953) 13 R. du B. 245 [Fabre-Surveyer, «Un cas d'ingérence»]; Edouard Fabre-Surveyer, *Le Code civil canadien et le droit anglais en matière de testament*, Québec : s.n., 1930; Morel, *Les limites*, *supra* note 4; Gertrude Wasserman, «Case and Comment» (1952) 30 Can. Bar Rev. 189 [Wasserman].

36. Fabre-Surveyer, *supra* note 35 à la p. 250. L'auteur cite un jugement qu'il a rendu à ce sujet, soit *Vaudreuil c. Falardeau*, [1950] R.P. 193.

adultérin alors que l'épouse légitime et ses enfants seraient déshérités³⁷. Ces auteurs souhaitent qu'on améliore le droit successoral québécois en restreignant la liberté des testateurs grâce à une réorientation de la jurisprudence qui a majoritairement reconnu la validité de tels legs. Encore une fois, le discours de ces auteurs révèle qu'ils se représentent le droit comme un moyen d'assurer une certaine moralité ou un certain ordre familial et social. Wasserman va jusqu'à mentionner que lorsque le droit de propriété entre en conflit avec la protection de la famille, c'est le droit de propriété qui devrait céder³⁸.

Dans sa thèse, où il étudie les dispositions et les conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans lesquelles le Code civil «enserme la liberté de tester», Morel explique que c'est notamment parce que le système juridique québécois est d'origine française qu'il est possible d'envisager des limites à la liberté testamentaire³⁹. Selon lui, seule une reconnaissance des notions québécoises de bonnes mœurs et d'ordre public peut opérer un renversement de la jurisprudence et limiter la portée de l'article 831 du *Code civil du Bas Canada*⁴⁰. Percevant une évolution dans

37. Wasserman, *supra* note 35 aux pp. 193-194. Wasserman critique la décision *H. et al. c. Dame T. & Prudential Insurance Co.*, [1949] C.S. 281 où on a considéré valide le legs universel en faveur d'une concubine au détriment des frères et sœurs du défunt. Elle rappelle également la décision *King c. Tunstall*, (1875) 20 L.C.J. 49 où on a confirmé la validité d'un legs en faveur d'un enfant adultérin. Voir aussi Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 11 aux pp. 14-15 et n° 73 aux pp. 89-90.

38. Wasserman, *supra* note 35 à la p. 195. Soulignons immédiatement qu'il s'agit d'un changement fondamental par rapport aux discours des juristes des années précédentes qui donnaient la priorité à la propriété privée. *Infra* partie 2.

39. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 à la p. 1. Dans la même période, voir la thèse de Renaud De Bottini qui considère que la règle de la liberté illimitée de tester est démodée et inadaptée au nouveau milieu juridique et même «gênante» pour la société. Renaud De Bottini, *Étude comparative sur l'autorité des dispositions testamentaires en droit français et dans la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960 au n° 129 à la p. 148.

40. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 n° 11 à la p. 15. Voir aussi André Cossette, «Les notions d'égalité et de discrimination dans le droit successoral de la province de Québec» (1963) 65 R. du N. 431 à la p. 441.

les mœurs depuis la Seconde Guerre Mondiale qu'il considère responsable de l'augmentation du nombre d'abus dans l'exercice de la liberté de tester, Morel craint que la liberté illimitée devienne «un principe de licence⁴¹». Cette idée selon laquelle il y aurait eu un changement dans les mœurs sera abondamment reprise par les auteurs qui s'interrogeront sur la pertinence de la liberté testamentaire à la suite de Morel⁴². Encore une fois, la question de la moralité des dispositions testamentaires est centrale. Morel explique :

[...] il existe certainement une morale de droit civil, nous voulons dire des règles que le droit a empruntées à la morale et s'est appropriées comme siennes, mais cette morale juridique est, par suite des circonstances particulières du milieu, si proche de la morale chrétienne que la distinction entre les deux ne ressort pas toujours avec toute la netteté qu'on pourrait exiger dans d'autres circonstances.⁴³

Lors du congrès international de l'Association Henri-Capitant qui a lieu au Québec en 1958, Louis-Philippe Pigeon plaide en faveur de l'introduction de restrictions législatives à la liberté testamentaire afin de «redresser le grand nombre d'injustices, la plupart scandaleuses, auxquelles la liberté illimitée

Cossete se montre favorable à cette thèse et souhaite une nouvelle interprétation de l'article 831 C.c.B.C. par les tribunaux.

41. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 73 à la p. 90; Billette, *Traité théorique*, *supra* note 13 au n° 128 à la p. 88. Soulignons que Morel reprend le même vocabulaire que Billette qui, quelque trente ans plus tôt, qualifiait la liberté illimitée de tester de «principe de licence plus que de liberté».
42. Pourtant, Jacques Flour, souligne que les statistiques données par Morel «ne sont pas quantitativement impressionnantes», non sans ajouter qu'il «y a des choses qui ne sont pas très inquiétantes au début et qui, si on laisse faire, le deviennent rapidement». Jacques Flour, «Discussion» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961 à la p. 488.
43. Morel, *Les limites*, *supra* note 4 au n° 72 aux pp. 88-89.

de tester donne naissance»⁴⁴. Il souligne le «formidable illogisme» par lequel la législation québécoise ignore le «devoir moral du père de famille de pourvoir dans la mesure de ses moyens à la subsistance de son épouse et de ses enfants après son décès» alors que ce même devoir est sanctionné de son vivant⁴⁵. Selon lui, il s'agit de reconnaître que l'obligation alimentaire est une question d'ordre public⁴⁶.

Pour ce qui est du rapporteur général sur les successions testamentaires, Louis Baudouin, il conclut «avec la majorité des rapporteurs qu'il serait souhaitable de créer par voie législative une sorte de réserve québécoise, afin d'élever une barrière contre les abus de plus en plus nombreux»⁴⁷. Il mentionne que les besoins d'une telle réforme se font sentir en raison du «vent d'immoralité qui souffle dans le monde entier» depuis la guerre⁴⁸.

Pour ces auteurs, quelle que soit l'importance que revêt la propriété privée dans le Code civil, elle ne peut contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le modèle normatif établi par le Code civil en la matière semble, dès lors, peu souhaitable pour qui voit le droit comme un gardien de l'ordre social et des mœurs. C'est l'intégralité du droit de propriété qui est, indirectement, remis en question en présence d'une famille.

44. Louis-Philippe Pigeon, «Nécessité de restreindre la liberté de tester» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961 à la p. 674.

45. *Ibid.* à la p. 669.

46. *Ibid.*

47. Louis Baudouin, «Rapport général : les successions testamentaires» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961 à la p. 550 [Baudouin, «Rapport général»]. La réserve a normalement pour but de conserver une portion de la succession pour les lignagers. Voir aussi, deux ans plus tard, Baudouin, «La réception du droit étranger», *supra* note 3 aux pp. 40-43.

48. Baudouin, «Rapport général», *ibid.* à la p. 550.

D'autres auteurs voient aussi la liberté de tester comme un «problème», mais ils posent davantage ce problème dans ses conditions pratiques, que dans ses justifications morales.

1.2 Une protection minimale de l'époux survivant et des enfants

Une partie de la doctrine rejette la liberté «illimitée» de tester parce qu'elle ne permet pas d'assurer une protection économique minimale à l'époux survivant et aux enfants à la suite du décès, et ce, que les volontés du testateur soient morales ou non⁴⁹.

C'est le cas des juristes qui siègent à la Commission sur les droits civils de la femme⁵⁰. Dans leurs rapports, les commissaires expliquent qu'il apparaît «possible et équitable» de donner à la

49. Mentionnons que même avant la codification, Bibaud soulignait que depuis la Conquête, le gouvernement est bien différent de celui qui a implanté les anciennes institutions françaises dans le pays. Il expliquait que «loin de se montrer jaloux de conserver les biens dans les familles, il [le gouvernement] a voulu qu'on pût déshériter ses enfants sans raison en faveur d'un étranger, sans que ces héritiers naturels pussent proférer la moindre plainte». Maximilien Bibaud, *Notice historique sur l'enseignement du droit en Canada*, Montréal, Imprimerie de Louis Perrault et cie, 1862 à la p. 372.

50. Voir Commission des Droits civils de la Femme, *Premier rapport des commissaires*, Québec, 6 février 1930 [Commission, *Premier rapport*]; Commission des Droits civils de la Femme, *Deuxième rapport des commissaires*, Québec, 15 mars 1930 [Commission, *Deuxième rapport*]; Commission des Droits civils de la Femme, *Troisième rapport des commissaires*, Québec, 15 janvier 1931. Pour une présentation des membres de la Commission voir Jennifer Stoddart, «Quebec's Legal Elite Looks at Women's Rights : The Dorion Commission 1929-31» dans David H. Flaherty, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, t. 1, Toronto, Osgoode Society by University of Toronto Press, 1981 aux pp. 334-335 [Stoddart]. Cette commission a précédé l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits de la femme*, S.Q. 1930-31, c. 101 [*Loi modifiant le Code civil*]. La Commission est composée de Charles-Édouard Dorion, juge à la Cour d'appel et ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, Ferdinand Roy, chef de la magistrature et doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, Joseph Sirois et Victor Morin, tous deux notaires, le premier ancien et le second président contemporain de la Chambre des notaires.

femme et aux enfants du défunt le droit de réclamer des aliments de celui qui continue la personnalité juridique du mari⁵¹. Ils donnent l'exemple d'un riche époux qui déshériterait sa femme et ses enfants qui se retrouveraient alors dans le dénuement, alors qu'un «étranger» recueillerait la succession⁵². Bien que les commissaires considèrent que l'établissement d'une légitime soit impossible, ils croient qu'une prolongation de l'obligation alimentaire ne ferait pas «trop grande violence aux principes»⁵³. De façon surprenante, les commissaires se montrent ouverts à un mécanisme de protection de l'époux et des enfants surtout utilisé dans les pays de common law pour corriger la liberté de tester. Soulignons toutefois que cette mesure a le net avantage de restreindre les droits du propriétaire sur ses biens de façon moins importante que la réserve ou la légitime – des mécanismes de droit civil –, tout en permettant de s'assurer que la femme et les enfants puissent subvenir à leurs besoins⁵⁴. Mentionnons également que, contrairement à ce que proposaient les auteurs mentionnés précédemment relativement à l'interprétation de l'article 831 du

51. Commission, *Deuxième rapport*, *ibid.* note 50 aux pp. 7, 27. Les commissaires relèvent notamment l'inconvénient de la séparation de biens qui permet au mari de léguer sa fortune aux personnes de son choix et de n'en rien laisser à sa femme «qui pourtant, par sa collaboration, par son travail d'intérieur, souvent même par l'aide qu'elle aura apportée directement au commerce, aura contribué autant que lui à édifier cette fortune».

52. *Ibid.* à la p. 26.

53. *Ibid.*; Brière, *Droit des successions*, *supra* note 7 à la p. 7; *supra* note 36. La légitime est un mécanisme qui garantit aux descendants du défunt la moitié de ce qu'ils auraient reçu de leur ascendant si ce dernier n'avait fait aucune donation entre vifs ni libéralité à cause de mort.

54. Cette suggestion des commissaires ne sera cependant pas retenue. Voir *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 50. Sur la perception de cette proposition par le gouvernement de l'époque, voir Correspondant de la Presse, «Le comité des bills publics étudie le bill relatif aux droits civils de la femme» *La Presse* (25 février 1931) à la p. 3; «Modifications à notre droit civil» *L'Événement* (26 février 1931) aux pp. 3, 8; Abel Vineberg, «Women's Rights Measure Metts Hostile House» *The Gazette* (26 février 1931) aux pp. 1, 14; Taschereau, Assemblée législative, *Débats de l'Assemblée législative*, 17^e lég., 4^e sess. (18 février 1931) [version préliminaire].

Code civil du Bas Canada, il n'est plus question de réorienter la jurisprudence, mais bien de modifier le Code civil.

Jean Turgeon fait aussi partie des auteurs qui s'inquiètent du sort de l'époux survivant – ou, plus particulièrement, de celui de l'épouse survivante – et des enfants à la suite du décès. Comme les commissaires, il associe toutefois davantage le problème de la liberté de tester à la subsistance de la famille du défunt qu'à la moralité des volontés du testateur. Après avoir expliqué que les lois qui régissent la condition du mari et de la femme au Québec ne sont «plus en harmonie avec les conditions économiques et les conditions sociales», Jean Turgeon propose différentes modifications législatives qui permettraient d'améliorer l'harmonie entre le code, les mœurs et les conditions nouvelles⁵⁵. Parmi celles-ci, il suggère «de restreindre peut-être la liberté de tester du mari lorsqu'il laisse une femme et une postérité»⁵⁶. Il ajoute qu'on pourrait le faire en limitant la quantité de biens dont le testateur peut disposer dans ce cas afin d'assurer la subsistance de la famille⁵⁷. On constate, ici, le germe d'une *vision plus familiale* – ou

55. Jean Turgeon, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 aux pp. 147-149 [Turgeon, «Condition»].

56. Jean Turgeon, «Exposé de M. Jean Turgeon» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 à la p. 70.

57. *Ibid.*; Turgeon, «Condition», *supra* note 55 à la p. 149. Mentionnons également qu'au cours du même congrès, Armand Lavallée suggère qu'on interdise à l'époux survivant qui se remarie de disposer à titre gratuit des biens qui proviennent de la succession du prédécédé au préjudice des enfants, et ce, même si on contrevient alors au principe de la liberté illimitée de tester. Armand Lavallée, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 aux pp. 155-156. Louis-Philippe Pigeon rappelle également qu'il préconise «le rétablissement de la réserve héréditaire». Voir Louis-Philippe Pigeon, «L'évolution de la condition des époux» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la*

moins personnelle – du patrimoine chez Turgeon. Ce dernier explique que même s'il faut reconnaître «l'existence d'un droit naturel universel», le droit positif est néanmoins variable et on doit l'adapter aux besoins des peuples et des époques⁵⁸.

Dans un autre texte, Jean Turgeon discute à nouveau de la liberté illimitée de tester, mais cette fois, il insiste davantage sur la nécessité de restreindre la liberté du testateur afin de protéger l'époux survivant et les enfants. Il rappelle qu'en plus d'être «contraire à toute la tradition du droit civil», une telle liberté de tester «vient à l'encontre des principes et de la morale du droit civil»⁵⁹. Il ne croit toutefois pas qu'il soit approprié de recommander l'établissement d'une légitime ou d'une réserve, ce qui constituerait un «changement trop radical et non justifié»⁶⁰. Même si Turgeon juge que la loi doit veiller aux besoins de l'époux survivant et des enfants, il ne croit pas qu'elle doive leur reconnaître des droits dans les biens du *de cuius*.

En revanche, Turgeon se dit en faveur d'une plus grande discrétion des tribunaux auxquels il devrait être permis d'ordonner le transport de certains biens du *de cuius* à l'époux survivant ou aux enfants, l'affectation de propriétés pour le paiement d'une rente ou le paiement d'un capital forfaitaire⁶¹. Encore une fois, les remarques de l'auteur suggèrent qu'il s'agit surtout d'assurer un minimum de protection économique à l'épouse survivante et aux enfants qui sont dans le besoin, plutôt que d'empêcher le testateur de disposer de ses biens en faveur des légataires de son choix.

Jean Turgeon s'inspire de la common law pour proposer ces changements législatifs, expliquant que le type de correctif apporté

culture juridique française, t. VII, Montréal, Eugène Doucet, 1956 à la p. 181.

58. Turgeon, «Condition», *supra* note 55 à la p. 138.

59. Jean Turgeon, «Rétablissement de la légitime sous une forme moderne» (1955) 15 R. du B. 204 aux pp. 205-206.

60. *Ibid.* aux pp. 209-210.

61. *Ibid.*

par les provinces anglaises est celui qui s'adapte le mieux à la législation québécoise puisqu'il permet de ne pas supprimer la liberté de tester tout en restreignant son exercice au profit de l'époux et des enfants⁶². De cette façon, la loi assure un minimum à l'époux survivant et aux enfants tout en préservant, en principe, la *conception personnelle du patrimoine* qui est codifiée. «C'est la reconnaissance du droit familial par la continuation, après le décès, de l'obligation morale d'assistance que le droit naturel impose»⁶³. Si Jean Turgeon a recours à la tradition civiliste pour démontrer l'existence d'un problème avec la liberté illimitée de tester, cette tradition perd son attrait lorsqu'il s'agit de proposer des solutions. Turgeon s'emploie néanmoins à démontrer que la cohérence du code ne serait pas affectée par un tel emprunt à la common law puisque l'obligation alimentaire après le décès permettrait d'assurer une certaine logique entre le droit familial et le droit successoral.

Pour sa part, Henri Turgeon – dans un texte où il exprime son appréciation générale du droit successoral québécois – souligne qu'il faut d'abord assurer la protection de la famille, c'est-à-dire la protection des époux et des descendants⁶⁴. Selon lui, il serait opportun de songer à créer un «droit de participation, nonobstant tout testament contraire, à la succession du *de cuius* dans une proportion variable» en faveur de l'époux survivant et des enfants au premier degré⁶⁵. Ce droit de participation pourrait même être étendu aux autres descendants lorsque leur père ou leur mère est décédé⁶⁶.

Henri Turgeon ne qualifie toutefois pas précisément la forme de ce droit de participation. Il mentionne cependant que le

62. *Ibid.* à la p. 210.

63. *Ibid.*

64. Henri Turgeon, *La succession légitime de la province de Québec*, Montréal, Imprimerie St-Joseph, 1959 au n° 65 à la p. 151 [H. Turgeon]. Son appréciation est également publiée à Henri Turgeon, «Quelques problèmes pratiques de succession légitime» (1958-59) 61 R. du N. 386 à la p. 401.

65. H. Turgeon, *supra* note 64 au n° 65 à la p. 151.

66. *Ibid.*

survivant des époux contre lequel un jugement en séparation de corps a été prononcé ne devrait pas profiter de cette «sorte de réserve»⁶⁷. À nouveau, l'auteur souhaite que la loi oblige le testateur à veiller aux besoins des membres de sa famille après sa mort pour des raisons d'ordre économique, moral et social, comme il doit le faire de son vivant, si ses moyens financiers le permettent.

La nécessité de restreindre la liberté illimitée de tester est rappelée lors des célébrations du centenaire du *Code civil du Bas Canada*⁶⁸. Louis Baudouin profite de son texte sur le droit de la famille pour mentionner que des modifications sont souhaitables afin d'éviter que la liberté testamentaire puisse s'exercer au détriment de la famille légitime⁶⁹. De son côté, le juge Gérard Trudel mentionne qu'il regrette que l'obligation alimentaire cesse au moment du décès sans égard aux besoins des proches du défunt⁷⁰. Dans les deux cas, les auteurs souhaitent que la loi favorise le soutien économique des membres de la famille.

67. *Ibid.* au n° 66 à la p. 152.

68. Au sujet du *Livre du centenaire*, le professeur Normand remarque que ce document «se révèle davantage une mise en accusation qu'un recueil de textes laudatifs». Sylvio Normand, «Le Code civil et l'identité» dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir., *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005 à la p. 633. Nous constatons que c'est, notamment, le cas relativement à la liberté de tester.

69. Louis Baudouin, «La famille face à un code moderne» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie familiale : Livre du centenaire du Code civil*, t. I., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 61. Dans un autre ouvrage, Baudouin qualifie la liberté testamentaire de «monstre sacré». Louis Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec (Droit civil, droit commercial, procédure civile)*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les systèmes de droit contemporain XXI, Paris, Dalloz, 1967 à la p. 356.

70. Gérard Trudel, «La volonté dans les actes juridiques» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie économique-sociale : Livre du centenaire du Code civil*, t. II, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 aux pp. 232-233.

La sociologue Colette Carisse et le professeur Louis Pratte souhaitent aussi que cette liberté soit limitée⁷¹. Carisse compare la famille contemporaine et la famille traditionnelle pour expliquer la nécessité de modifier le Code civil, alors que Pratte utilise les différentes conceptions de la famille pour proposer des moyens de régler le problème de la liberté illimitée de tester.

Pratte reprend divers passages de la thèse du professeur Morel pour expliquer que la liberté de tester n'avait pas besoin d'être limitée autrefois en raison de la cohésion familiale qui existait et pour démontrer qu'il est maintenant nécessaire de maintenir cette liberté, mais à l'intérieur de justes limites afin d'éviter les abus⁷². Il conclut qu'une intervention législative est nécessaire si on veut que la famille québécoise soit protégée de façon adéquate contre l'exercice abusif de la liberté testamentaire⁷³.

Selon lui, le législateur québécois doit cependant s'inspirer davantage du modèle de limitation anglais qui vise à secourir certains membres de la famille que du modèle français où le *de cuius* doit assurer à ses proches une part d'héritage, puisque la conception de la famille au Québec est plus proche de la conception anglaise⁷⁴. Pratte précise que la notion de «famille» est plus exigeante en droit français qu'en droit anglais puisque la première représente une communauté de personnes et de biens alors que la seconde ne représente qu'une communauté de personnes⁷⁵. Il ne manque toutefois pas de souligner les problèmes que pourrait engendrer l'importation d'une technique de dette alimentaire après le décès dans le Code civil québécois⁷⁶. Pratte est conscient du fait qu'il s'agit d'importer un mécanisme inspiré par le droit anglais dans un système juridique de tradition française et il s'inquiète de l'incohérence qui pourrait en résulter

71. Carisse, *supra* note 4; Pratte, *supra* note 13.

72. Pratte, *supra* note 13 aux pp. 119-121.

73. *Ibid.* à la p. 122.

74. *Ibid.* aux pp. 125-128.

75. *Ibid.* à la p.125.

76. *Ibid.* aux pp. 126-128.

dans le Code civil. Il considère néanmoins que la liberté de tester doit être restreinte de manière à transposer en droit successoral l'idée de solidarité familiale – ou d'obligation alimentaire entre les membres d'une même famille –, déjà codifiée en matière familiale. De cette façon, la loi serait à la fois plus morale en matière de successions et plus cohérente avec le droit de la famille.

Dans le cadre de la réforme du Code civil, le Comité sur les successions se positionne aussi par rapport à la liberté de tester. Le comité reprend les propos de la thèse de Morel – qui fait partie du comité – pour expliquer que la cohésion sociale ne suffit plus pour garder l'ordre public et les bonnes mœurs⁷⁷. Il cite ensuite différents textes de doctrine pour démontrer que certains ont réclamé que des mécanismes de protection de la famille immédiate du défunt soient mis en place⁷⁸. Le comité explique chercher, à la lumière du droit comparé, quelles sont les personnes «dignes d'être mises à l'abri des libéralités excessives du défunt»⁷⁹.

Le comité estime qu'il faut d'abord protéger le conjoint survivant marié par une réserve héréditaire, car seule la réserve permet d'assurer «le droit minimum de succession que l'on veut garantir au conjoint»⁸⁰. L'étendue de cette réserve doit toutefois varier selon que le *de cuius* laisse ou non des descendants⁸¹. Grâce à cette réserve en faveur de l'époux survivant, le comité souhaite résoudre un problème de droit successoral dénoncé par la doctrine en assurant un minimum de droits à l'époux survivant. Comme la réserve est un droit de succession, il est prévu qu'elle existe quel que soit le régime matrimonial des époux⁸². Le comité

77. Ministère de la justice, *Rapport sur les successions*, Québec, Office de révision du Code civil (Comité du droit des successions), 1976 à la p. 4 [*Rapport Successions*].

78. *Ibid.*

79. *Ibid.* à la p. 6. Ces propos seront repris en 1978 : Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 à la p. 241 [*Rapport Code civil*].

80. *Rapport Successions*, *supra* note 77 aux pp. 6-12, 86-109.

81. *Ibid.* à la p. 8.

82. *Ibid.*

explique à ce sujet qu'il a choisi de considérer les droits qui résultent du régime matrimonial comme des droits acquis des époux⁸³. Il suggère toutefois que les époux puissent renoncer à la réserve à l'intérieur de leur contrat de mariage⁸⁴. Les époux auraient donc toujours la possibilité de conserver leur liberté illimitée de tester, en se soustrayant à la réserve. Le comité préconise ainsi une *conception plus conjugale du patrimoine*, sans l'imposer.

Les membres du comité, se souciant de la cohérence du code avec la tradition civiliste, soulignent que la réserve a l'avantage d'être relativement facile à introduire dans un système juridique de droit civil⁸⁵. En revanche, en ce qui a trait aux descendants du défunt, le comité note qu'il irait à l'encontre des tendances sociales actuelles de leur reconnaître un droit absolu à la succession de leurs parents au moyen d'une réserve⁸⁶. Il observe également que les enfants du *de cuius* peuvent généralement obtenir le soutien de leur parent survivant⁸⁷. Malgré le fait que le comité se préoccupe du respect de la tradition civiliste, on remarque qu'il ne conçoit pas la réserve en faveur des enfants. Pourtant, on sait que la réserve civiliste est habituellement conçue à l'avantage des descendants. Le comité suggère ainsi que les descendants n'ont pas de droit dans les biens de leurs parents, mais que l'époux survivant peut en avoir dans ceux de son conjoint.

Dans son rapport officiel sur l'ensemble du nouveau code publié deux ans plus tard, l'Office de révision du Code civil (ci-après «O.R.C.C.») maintient la plupart des propositions du Comité du droit des successions dont celles de restreindre la liberté du testateur au moyen d'une réserve fixe en faveur de l'époux

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.* à la p. 6.

86. *Ibid.* à la p. 10.

87. *Ibid.*

survivant et de continuer l'obligation alimentaire après le décès⁸⁸. Comme plusieurs auteurs, l'O.R.C.C. souhaite que la loi reconnaisse certains droits dans les biens du *de cujus* aux membres de sa famille immédiate, du moins, jusqu'à concurrence de leurs besoins.

1.3 Une reconnaissance de l'apport de l'époux à l'accumulation des biens

La liberté illimitée de tester – et avec elle, l'absolutisme de la propriété privée – a aussi été remise en question eu égard au *caractère conjugal du patrimoine* accumulé par les époux pendant leur vie commune.

En effet, même si elle ne réclame pas de changements en matière de liberté de tester ni en matière de régimes matrimoniaux, une partie de la doctrine explique néanmoins que l'union d'un homme et d'une femme a nécessairement des effets sur les biens de l'un et de l'autre. Pineau mentionne ainsi que «certains rapports pécuniaires entre les époux sont inévitables»⁸⁹. Bien qu'il croie que l'incidence de l'union des personnes sur les biens de chacun des époux peut être reconnue de plusieurs façons par le droit, Caparros n'en juge pas moins «impossible de constituer un foyer normal sans que les biens des deux époux

88. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol.1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, art. 59-82 aux pp. 138-142; *Rapport Code civil*, *supra* note 79 aux pp. 241-244. On mentionne également qu'étant donné que la notion de patrimoine familial semble disparue dans notre société, il n'a pas semblé «opportun de limiter en faveur des descendants une liberté de tester dont il apparaît par ailleurs, en pratique, que l'on n'use pas à leur détriment». Pour une présentation de la réforme proposée, lire Madeleine Cantin-Cumyn, «Les traits marquants de la révision du Code civil en matière de successions» (1978) C. P. du N. 145.

89. Jean Pineau, *La famille. Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, P.U.M., 1982 à la p. 106, n. 138; Jean Pineau et Danielle Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1984 à la p. 5 [Pineau et Burman].

soient mis d'une certaine façon en commun»⁹⁰. Il ajoute que «dans la réalité et malgré les normes juridiques visant à maintenir l'indépendance des patrimoines, la confusion entre des biens se produira nécessairement»⁹¹. Comtois souligne à ce titre la véracité et la sagesse de la note d'un praticien dans le cadre d'un sondage sur les régimes matrimoniaux qui mentionne «je suis personnellement séparé de biens, mais j'ai toujours vécu en communauté»⁹².

Des auteurs qui s'intéressent au droit de la famille et qui souhaitent remplacer le régime matrimonial légal de la communauté de meubles et acquêts par celui de la séparation de biens préviennent également qu'il serait «très dangereux d'envisager l'adoption d'un régime légal de séparation de biens sans abolir la liberté de tester»⁹³. Tout en reconnaissant les avantages du régime de la séparation de biens quant à la capacité de la femme mariée et à l'égalité juridique des époux, ces auteurs anticipent les problèmes qui pourraient résulter de l'absence de partage des biens.

Dans le rapport de l'O.R.C.C. qui porte sur les régimes matrimoniaux, l'idée d'adopter le régime de la séparation de biens à titre de régime matrimonial légal et de l'assortir d'une liberté de tester limitée par une réserve, une légitime ou une obligation

90. Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985 à la p. 289, n. 447, voir aussi à la p. 2, n. 2 et à la p. 306, n. 468.

91. *Ibid.* aux pp. 2-3.

92. Roger Comtois, «La prestation compensatoire : une mesure d'équité» (1982) 85 R. du N. 367, 380; Sur la réalité du partage entre les époux, voir Lucie Beauchemin, «L'adaptation des contrats de mariage aux impératifs légaux et sociaux d'aujourd'hui» (1983) 5 R.P.F.S. 557 à la p. 568. Le professeur Kasirer discute aussi de l'hypothèse d'un partage de l'avoir familial par les époux dans leur quotidien, voir Nicholas Kasirer, «Testings the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law» (1995) 36 C. de D. 795 [Kasirer].

93. Cette auteure suggère l'adoption d'une légitime pour l'époux survivant et pour les enfants. Réjane Laberge-Colas, «L'incapacité de la femme mariée» (1963) 23 R. du B. 575 aux pp. 588 et 589.

alimentaire *post mortem* est évoquée, mais rejetée⁹⁴. L'O.R.C.C. explique qu'il est difficile de soutenir que des «droits successoraux pourraient remplacer adéquatement les droits matrimoniaux auxquels un conjoint peut prétendre»⁹⁵. Il ajoute que la protection qui résulterait d'un régime matrimonial légal de séparation de biens avec une liberté limitée de tester ne jouerait que lorsque le régime est dissout par décès, «ce qui n'est évidemment pas satisfaisant», puisque le mariage peut être dissout autrement que par le décès⁹⁶. Il est suggéré de promouvoir une certaine «communauté d'intérêts» dès le mariage, mais sans chercher à créer de confusion des patrimoines⁹⁷. Les auteurs du rapport conçoivent donc que le régime de la séparation de biens ne pose pas uniquement un problème à la suite de la dissolution du mariage par décès, mais bien un problème de répartition de la richesse familiale.

Parce que les auteurs reconnaissent une certaine mise en commun des biens dans les faits, ils jugent que la loi doit encourager le partage entre les époux, mais sans l'imposer, étant donné le risque que ce partage obligatoire ne convienne pas dans tous les cas. Si ces auteurs reconnaissent la pertinence et même la nécessité de légiférer relativement au mariage, cette reconnaissance ne va pas au-delà de la suggestion en ce qui a trait au partage des biens. Un constat des auteurs Pineau et Burman nous semble bien résumer les représentations dominantes de la doctrine des années 80 : «le droit de la famille est un droit légal, souvent impératif, alors que le droit du patrimoine est un droit où les volontés individuelles jouent un rôle primordial»⁹⁸, ce avec quoi la majorité des auteurs semblent en

94. Office de révision du Code Civil, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, 5, Montréal, Ministère de la justice, Gouvernement du Québec, 1968 aux pp. 8-10, n. 8.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.* à la p. 10.

97. *Ibid.* Office de révision du Code Civil (Comité des régimes matrimoniaux), *Rapport du comité des régimes matrimoniaux*, I, Montréal, Ministère de la justice, 1966 à la p. 5.

98. Pineau et Burman, *supra* note 89 aux pp 2-3.

accord. Le défi en ce qui a trait à la législation relative à la fois à la famille et au patrimoine est alors de concilier les deux.

En matière de liberté de tester, plusieurs auteurs souhaitent néanmoins que la loi confère des droits à l'époux survivant. Par exemple, Brière explique qu'étant donné que la loi veille à assurer l'égalité des époux de leur vivant, elle ne peut «logiquement» se désintéresser tout à fait de la façon dont une personne mariée disposera de ses biens à son décès⁹⁹. D'autres soulignent que la situation de la veuve est pire que celle de l'épouse divorcée et que la loi devrait davantage se préoccuper de son sort afin de lui permettre de subvenir à ses besoins à la suite du décès¹⁰⁰. D'autres encore, telle la professeure Burman, expliquent qu'il y a lieu de se préoccuper du sort de la veuve «en lui accordant, sinon une réserve, tout au moins un droit de créance qui lui permettrait de survivre décemment»¹⁰¹. De son côté, Plamondon suggère que l'on puisse recourir aux tribunaux afin de corriger les iniquités¹⁰², alors que d'autres auteurs se

99. Germain Brière, «Liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire?» (1986) 88 R. du N. 469 à la p. 488 [Brière, «Liberté de tester»].

100. Danielle Burman, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice – un juste sujet de s'alarmer» (1988) 22 R.J.T. 149 à la p. 180 [Burman]; Roger Comtois, «La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire» (1986) 88 R. du N. 500 [Comtois]; Louise Dulude, *Pour le meilleure et pour le pire... Une étude des rapports financiers entre les époux*, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1984 à la p. 2; Sylvie Massé, «Les régimes matrimoniaux au Canada : Analyse comparative des législations provinciales» (1985) 88 R. du N. 103 à la p. 275. Le même constat est fait par la Commission de réforme du droit du Canada, en 1975, qui explique : «Nous sommes d'opinion que le veuf ou la veuve devrait bénéficier au moins de la même protection et des mêmes bénéfices en vertu du régime de biens que la personne divorcée.» Commission de réforme du Droit du Canada, *Études sur le droit des biens de la famille*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1975 à la p. 307.

101. Burman, *supra* note 100 à la p. 180.

102. Luc Plamondon, «La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire» (1986) 88 R. du N. 505 à la p. 520.

disent clairement favorables à l'instauration d'une réserve successorale pour l'époux survivant¹⁰³.

Dans sa thèse consacrée à l'étude de l'évolution de la place du conjoint dans la famille à travers le droit des successions et des libéralités, la professeure Castelli conclut qu'il est «presque certain» que dans les prochaines années, les époux québécois se verront protégés par une réserve successorale¹⁰⁴. Cette fois-ci cependant, la professeure Castelli justifie ce changement anticipé par une nouvelle *conception conjugale du patrimoine* dans la société québécoise. Selon Castelli, de plus en plus de gens considéreraient que les biens accumulés pendant le mariage le sont par le couple et que, conséquemment, ils doivent être partagés à la suite du décès. Elle suggère d'ailleurs de faire porter la réserve uniquement sur les biens acquis pendant le mariage plutôt que sur l'ensemble du patrimoine du *de cuius*, mécanisme qu'elle jugerait alors «trop grossier»¹⁰⁵. Cette auteure n'explique donc plus la nécessité de limiter la liberté illimitée de tester par des motifs d'ordre moral ni par le besoin de protection de l'époux survivant et des enfants, mais plutôt par une nouvelle conception de la propriété des biens.

Il s'agit d'une distinction notable par rapport aux motifs jusqu'alors invoqués par les auteurs pour justifier une limitation de la liberté de tester. Il est désormais question de reconnaître des droits à l'époux survivant dans le patrimoine du *de cuius* en raison de sa participation à l'accumulation des biens pendant le mariage,

103. Brière, «Liberté de tester», *supra* note 99 à la p. 489; Mireille D. Castelli, «Le droit successoral et la création de mécanismes de protection de la famille; Éléments de réflexion : fondements et conséquences» (1984) 86 R. du N. 340 à la p. 371 [Castelli, «Le droit successoral»]; Comtois, *supra* note 100 aux pp. 500 et 504.

104. Castelli, *Patrimoine et conjoint*, *supra* note 4 à la p. 563. Voir également Michel Légaré, «La liberté absolue de tester : un principe à réviser» (1975) 78 R. du N. 218.

105. Castelli, «Le droit successoral», *supra* note 103 à la p., 374.

de reconnaître le *caractère conjugal du patrimoine* accumulé pendant le mariage¹⁰⁶.

En somme, bon nombre d'auteurs ont qualifié la liberté de tester de «problème» parce qu'une telle liberté allait à l'encontre de leur représentation de la destination familiale de certains biens du défunt¹⁰⁷. On a vu, par ailleurs, que certains de ces auteurs ont expliqué l'existence de ce problème par son origine anglo-saxonne.

Mentionnons, également, que des auteurs ont soutenu que si la liberté de tester n'a pas été restreinte plus tôt, c'est parce que le Québec n'avait pas le pouvoir de la restreindre étant donné qu'elle résultait d'une loi impériale. Selon ces auteurs, le *Colonial Laws Validity Act* de 1865 aurait empêché la province de légiférer de manière à contredire toute disposition d'une loi du Parlement britannique, et ce, jusqu'à l'adoption du *Statut de Westminster* en

106. Mentionnons que certains auteurs voient la situation différemment. Notamment, la professeure Connell-Thouez rappelle la politique d'indépendance financière des conjoints qui existe en matière de famille et elle explique le manque de cohérence du droit familial et du droit successoral qui résulterait de l'instauration d'une réserve en faveur de l'époux survivant. Elle invoque l'indépendance des patrimoines des époux qui existe pendant le mariage pour justifier que cette indépendance soit préservée à la suite du décès. À la place, elle propose d'établir un usufruit légal pour aider l'époux survivant à subvenir à ses besoins. Katherine Connell-Thouez, «La succession et la famille : réflexions sur l'évolution des structures sociales, des valeurs fondamentales et le droit civil» (1987) 6 Rev. Can. D. Fam. 103 aux pp. 116 et 117.

107. Mentionnons cependant que dans certains cas, des auteurs dénoncent la liberté de tester, mais sans qu'il soit possible d'inférer une représentation précise de la famille ou du patrimoine de leurs propos. C'est le cas de Louis-Philippe Pigeon qui se demande si le temps de renouer avec la tradition juridique française et de restreindre la liberté de tester par une forme de légitime ne serait pas venu. Louis-Philippe Pigeon, «Nécessité d'une évolution du Droit civil» (1945) 3, no 9 Cahiers de la Faculté des Sciences Sociales de l'Université Laval 1 aux pp. 4 et 22 [Pigeon, «Nécessité d'une évolution»]. Dans les années 70, le professeur Mayrand conclut aussi son ouvrage sur les successions en s'interrogeant sur l'avenir de la liberté de tester au Québec, observant que la législation «doit s'insérer dans un contexte juridique et social». Mayrand, *supra* note 13 à la p. 394, n. 448.

1931¹⁰⁸. Si cette explication est tout à fait plausible, nous verrons que, étonnamment, ce motif n'est invoqué par aucun auteur qui se soit prononcé à propos de la liberté de tester avant cette date. Ceux-ci soulèvent différents motifs pour préserver la liberté illimitée de tester, mais jamais de cet ordre.

Nous verrons que pour ces auteurs, il s'agit avant tout de respecter les droits du propriétaire relativement à ses biens.

2. Une représentation individualiste du patrimoine qui justifie la liberté illimitée de tester

Jusqu'en 1930, la doctrine québécoise s'est montrée généralement favorable à la liberté illimitée de tester. Certains auteurs ont décrit la liberté de tester comme une conséquence logique du droit de propriété (2.1), d'autres l'ont associée au droit naturel (2.2), alors que d'autres encore l'ont favorisée, de façon surprenante, au nom de la préservation du droit civil québécois (2.3)¹⁰⁹.

On comprend que ces auteurs ont défendu une *conception personnelle du patrimoine* en vertu de laquelle le propriétaire peut disposer de ses biens comme il l'entend. L'origine de la liberté de tester ne semblant pas, à cette époque, être un problème.

108. Voir Germain Brière, «Les Successions» dans Paul-André Crépeau (dir.), *Traité de droit civil*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au n° 332 à la p. 375; Louis Marceau, «Les libéralités» dans Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. XII, Montréal, Eugène Doucet, 1961, 377 à la p. 381; Pigeon, «Nécessité d'une évolution», *ibid.* note 107 à la p. 22; Jean-Charles Pourde, «Origine historique et évolution du principe de la liberté de tester dans le Code civil» (1956) 2 C. de D. 120 aux pp. 135 et 136; Pratte, *supra* note 13 à la p. 119.

109. Soulignons cependant que dès les années 30, des groupes de femmes ont dénoncé les conséquences problématiques de la liberté de tester pour la famille. Thaïs Lacoste-Frémont, «Plaidoyer de Mme Charles Frémont : La femme mariée et le Code civil», 18 : 2 et 3 (1930) *La Bonne Parole* 17; Thérèse F. Casgrain, «Plaidoyer de Mme Pierre-F. Casgrain, Présidente de la Ligue des droits de la femme», 18 : 2 et 3 (1930) *La Bonne Parole* 19, 20.

2.1 Une conséquence logique de la propriété

Tel que mentionné précédemment, la liberté de tester est la norme retenue par les codificateurs parce que la loi posait déjà le principe de la liberté absolue de tester au moment de la codification¹¹⁰. Pourtant, les codificateurs ne se contentent pas de réitérer la règle de la liberté testamentaire, ils en profitent pour unifier le droit en matière de dispositions à titre gratuit. Pour ce faire, les codificateurs abolissent la majorité des restrictions qui auraient pu encore exister relativement aux donations entre vifs, qu'ils décrivent comme une «anomalie embarrassante» qui se rapporte à un autre ordre d'idées sociales et légales¹¹¹. Ils proposent «d'assimiler presque en entier à ces divers égards la matière des donations à celle des testaments, en introduisant dans la première le principe de liberté qui régit la seconde»¹¹². Ce faisant, les règles relatives aux donations entre vifs et à cause de mort sont rendues plus cohérentes, plus libérales, mais aussi, plus conformes aux règles qui, selon les codificateurs, doivent régir la transmission des biens¹¹³.

C'est aussi ce que semblent croire la plupart des auteurs qui ont écrit peu de temps après la codification. Ceux-ci se montrent favorables aux normes codifiées et à leur caractère libéral. L'une des idées qui prévaut dans le nouveau code – selon la doctrine – est de faciliter la transmission de la propriété¹¹⁴. Cette idée semble avoir l'aval des auteurs, notamment quant à la

110. *Supra* Partie 1.1.

111. «Les commissaires veulent parler surtout de la réserve, de la légitime en faveur des enfants, des peines des secondes nocés et de certaines incapacités personnelles présumées de la loi seule». *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, *supra* note 23 à la p. 150. Voir aussi Lareau, *supra* note 24 à la p. 280.

112. *Code civil du Bas Canada : Quatrième et Cinquième Rapports*, *supra* note 23 à la p. 150.

113. *Ibid.* Les codificateurs mentionnent que c'est parce que les donations entre vifs et à cause de mort sont regroupées dans le Code civil français qu'on a choisi de faire de même.

114. Édouard Lefebvre De Bellefeuille, *Code civil du Bas-Canada*, Montréal, C.O. Beauchemin et Valois, 1866 à la p. VIII.

transmission des biens au décès. La libre disposition des biens est jugée conforme à une *conception personnelle du patrimoine* – en vertu de laquelle seul le propriétaire a des droits sur ses biens et qu'il peut, conséquemment, en faire ce qu'il veut –, conception qui apparaît largement partagée par les auteurs.

Traitant de l'introduction de la liberté de tester et de l'abolition du retrait lignager¹¹⁵, Loranger explique que la Législature a «de bonne heure senti le besoin de briser les entraves qui enchaînaient la liberté du sol, et de lui rendre son indépendance naturelle»¹¹⁶. Il croit également que :

associée à des institutions dont le temps a assuré la permanence, la concentration des biens, dans la famille, peut convenir à des nations anciennes. Mais elle paralyse le développement des ressources d'un pays nouveau, encore couvert de forêts, où la circulation libre de la propriété est un des premiers besoins des populations. En morcelant à l'infini le sol cultivé, elle appauvrit la famille elle-même, et entrave le défrichement du territoire inculte. La liberté du droit de propriété, comme celle des droits personnels, aussi bien que la liberté des institutions, est donc un des éléments essentiels de la prospérité d'un pays, dans la condition sociale du Canada.¹¹⁷

Boucher de LaBruère consacre également un article à expliquer les bienfaits de la liberté de tester. Il souligne que, de tout temps, le droit de propriété a été une base essentielle de l'édifice social et que «entraver l'action du père de famille, c'est

115. Le mari a, quant à ses biens propres qui ne sont pas soumis au douaire, la liberté d'en disposer. Toutefois, si ces biens sont vendus à des «étrangers» par rapport à la famille, le parent lignager le plus proche du disposant peut le reprendre en payant le prix à l'acquéreur (retrait lignager, art. 129 et suiv. Coutume de Paris). Il s'agit de protéger le patrimoine de la famille lignagère. Le retrait lignager a été aboli par l'*Acte pour abolir le retrait lignager*, 18 Vict., c. 102. Voir Zoltvany, *supra* note 19 aux pp. 370-373.

116. Thomas Jean Jacques Loranger, *Commentaires sur le Code civil du Bas-Canada*, t. 1, Montréal, Minerve, 1873 aux pp. 36-37 [Loranger].

117. *Ibid.* à la p. 36

l'obliger, quelquefois, à tester contre l'intérêt de ceux à qui il a donné le jour»¹¹⁸. La liberté de tester permettrait ainsi au père de faire les meilleurs choix pour le bien de sa famille¹¹⁹. Cet auteur considère d'ailleurs la liberté de tester comme un bienfait tant pour la famille que pour l'ensemble de la société :

Nous l'avons dit, la famille est le pilier de la société, et la société repose sur le droit de propriété. Donnez à la propriété une base durable, et vous verrez la société calme et paisible. C'est Dieu qui a fondé la propriété; celui qui la défend, défend l'édifice même de l'humanité, et en elle se résumant la liberté, la famille, la patrie et la religion.¹²⁰

La libre transmission des biens est jugée si importante que même le fait que les codificateurs aient suggéré d'assouplir certaines règles relatives aux donations entre vifs pour les rapprocher des règles en matière de donations à cause de mort est considéré comme la correction d'anomalies dans le nouveau système¹²¹.

Une trentaine d'années plus tard, ce type de discours qui favorise la liberté de tester au nom du respect de la liberté du propriétaire relativement à ses biens est toujours celui de certains auteurs. Par exemple, Thomas-Louis Bergeron explique «qu'en principe, il ne faut pas porter la main sur la liberté de tester que reconnaît notre Code civil»¹²². Parmi les motifs qu'il invoque pour

118. Boucher de la Bruère Jr., «Le droit de tester» (1868) 5 *Revue canadienne* 321 aux pp. 321 et 330 [B. de la Bruère Jr.].

119. En France, Le Play soutenait aussi que pour rétablir la puissance paternelle dans la famille, il fallait instituer une entière liberté de tester. Selon lui, le régime successoral du Code civil français, avec ses règles qui restreignaient les droits du père de famille et morcelaient l'exploitation agricole, entraînait la destruction de la famille. Voir les commentaires de Carbonnier à ce sujet : Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige / Presses universitaires de France, 1994 aux pp. 82-84.

120. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 340.

121. Loranger, *supra* note 116 à la p. 37.

122. Il souligne d'abord que le terme «illimitée» est une «exagération de langage» puisque la liberté de tester est limitée par la priorité fiscale, par les différentes incapacités prévues au Code et par le fait que l'on ne peut

que soit maintenue la règle prévue à l'article 831 du *Code civil du Bas Canada*, il mentionne que le testateur est le plus apte à décider qui doit recueillir ses biens, en plus de préciser que la liberté de tester permet d'éviter le morcellement des héritages¹²³. Il conclut que «toute atteinte portée au droit de propriété, ne fût-ce que par l'amointrissement de la faculté de disposition, est un concours inconscient donné aux pires ennemis de la liberté individuelle»¹²⁴.

Pourtant, des auteurs, tel Bissonnette, reconnaissent que certaines situations – par exemple une conjointe survivante et des enfants déshérités – peuvent choquer «le sens de la justice naturelle»¹²⁵. Bissonnette explique cependant que ses trente-huit ans de pratique du droit ne lui en ont fait voir que très peu de cas¹²⁶. Étant donné que la loi doit être faite pour satisfaire «l'intérêt général» et non les situations exceptionnelles, il juge que la règle doit demeurer la liberté illimitée de tester¹²⁷.

Comme la plupart des auteurs qui les ont précédé, ces auteurs considèrent que le *de cuius* est le seul maître de la destinée de ses biens. Conséquemment, il est légitime que le testateur puisse disposer de son patrimoine selon sa volonté, sa

disposer en faveur de qui l'on veut car même si «le champ est très étendu», il n'est pas illimité. Thomas-Louis Bergeron, «De la liberté de tester», dans l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961, 675 aux pp. 675 et 680 [Bergeron].

123. *Ibid.*, ses motifs sont résumés à la p. 687.

124. *Ibid.* à la p. 692.

125. Bernard Bissonnette, «Discussions» dans l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, t. XII, Eugène Doucet, 1961, 462 à la p. 486 [Bissonnette]. Mentionnons que pour ce qui est de l'éventualité où un mari déshériterait son épouse, certains expliquent que ce geste peut être odieux, mais qu'il ne l'est pas toujours. Dans certains cas, ce geste peut être justifié «par l'inconduite de la femme». Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 25.

126. Bissonnette, *supra* note 125 à la p. 486.

127. *Ibid.*

moralité. Cette *conception personnelle du patrimoine* qui justifie la liberté de tester est aussi associée au droit naturel par certains auteurs.

2.2 Une liberté qui vient du droit naturel

Dans les années 20, plusieurs auteurs semblent s'entendre sur le fait qu'en matière familiale, la loi doit d'abord et avant tout constituer une reproduction de l'ordre naturel des choses. Cette idée de la loi, en tant qu'elle découle d'un droit naturel, est présente dans le discours de nombreux juristes pour qui la loi n'est pas choisie par les hommes, mais imposée par la nature. Parmi ceux-ci, plusieurs considèrent que la première qualité d'une loi est de reproduire la loi naturelle¹²⁸, notamment en matière de puissance paternelle et de mariage¹²⁹. En fait, pour ce qui a trait à la famille, ces juristes considèrent habituellement que la loi naturelle est la loi de Dieu. Ainsi, «le législateur qui a mis la loi dans les choses, c'est Dieu»¹³⁰ et le Code civil se doit de reproduire la loi divine¹³¹.

Cette vision de la loi – qu'on peut rapprocher du *jus naturalisme*¹³² –, a une influence sur la façon dont les auteurs

128. Charles-Édouard Dorion, «La philosophie du Code civil» (1925) 4 R. du D. 134 à la p. 136 [Dorion, «La philosophie du Code civil»] et (1925) 4 R. du D. 201; Charles-Édouard Dorion, «La communauté de biens : Pourquoi faut-il la maintenir dans notre Code? Parce qu'elle est la protection des droits de la femme» (1929) 7 R. du D. 323 à la p. 324 [Dorion, «La communauté de biens»]; Paul Fontaine, «Conventions matrimoniales» (1927-28) 30 R. du N. 73 [Fontaine]; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : De la puissance paternelle» (1929) 8 R. du D. 24 à la p. 28 [Jetté, «Puissance paternelle»]; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1927) 6 R. du D. 236 à la p. 236; Paul Paquette, «La loi d'adoption : Ses motifs, sa nature, ses effets» (1925-26) 28 R. du N. 65 à la p. 73. Discutant d'adoption, Pelland mentionne que le droit naturel est plus fort que le droit légal. Léo Pelland, «La loi de l'adoption» (1925) 4 R. du D. 65 à la 73.

129. Jetté, «Puissance paternelle», *supra* note 128.

130. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 136.

131. *Ibid.*, 134 et 142; Jetté, «Puissance paternelle», *supra* note 128 à la p. 29.

132. Sur la doctrine du droit naturel, voir notamment, Hans Kelsen, «Positivisme juridique et doctrine du droit naturel» dans *Mélanges en*

perçoivent la propriété privée. Tout comme le sont le mariage et l'autorité paternelle¹³³, la propriété est une notion jugée «sacrée» par une partie de la doctrine¹³⁴. Selon cette dernière, le droit de propriété découlerait du droit naturel¹³⁵ et serait donc inaliénable¹³⁶.

La propriété elle-même ne dépendant pas de la volonté des législateurs, est, au contraire, un de ces droits contre lesquels la loi civile ne saurait prévaloir, bien qu'elle soit appelée à en régler les détails, comme de ceux de presque tous les droits humains.¹³⁷

En ce qui a trait aux conséquences du mariage sur la propriété, la doctrine juge que lorsque deux personnes se marient, «autour du contrat de mariage se joue bien souvent le bonheur

l'honneur de Jean Dabin (I Théorie générale du droit), Bruxelles : Bruylant, Paris : Sirey, 1963 à la p. 141. Kelsen explique que pour les tenants de la doctrine du droit naturel, le droit positif est jugé valable lorsque «le contenu de ses normes correspond au contenu de normes d'un ordre plus élevé, d'un ordre différent de celui du droit positif et supérieur, un ordre immanent dans la nature, dans la nature des choses ou dans la nature de l'homme».

133. Plusieurs auteurs associent également mariage et religion, ce qui explique qu'ils réfèrent abondamment au droit canonique pour appuyer et justifier la légitimité des règles codifiées. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 141 et 210; Louis-Amable Jetté, «Du mariage : Des empêchements de mariage» (1926) 4 R. du D. aux pp. 281 et 286; Léo Pelland, «Nos lois sur le mariage» (1925) 3 R. du D. 289 à la p. 300; Léo Pelland, «À bas le divorce!» (1927) 5 R. du D. 449 à la p. 450; Louis-Amable Jetté, «Du mariage : sa véritable notion» (1925) 4 R. du D. 157 à la p. 161; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : De la séparation de corps» (1928) 7 R. du D. 170 à la p. 170.

134. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 aux pp. 321 et 330; G. Guillet, «Transmission par succession *ab intestat*» (1928-29) 31 R. du N. 92 aux pp. 97 et 100 [Guillet].

135. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 206; Guillet, *supra* note 134 aux pp. 97 et 110.

136. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 aux pp. 321 et 330; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 204.

137. Guillet, *supra* note 134 aux pp. 97 et 100.

familial»¹³⁸. Comme plusieurs auteurs associent les règles fondamentales du mariage au droit naturel et au droit canonique, il est considéré logique que les époux ne puissent modifier contractuellement leurs rapports «moraux»¹³⁹. Parmi ces rapports moraux, notons la reconnaissance du mari à titre de chef de la famille et, conséquemment, l'exclusion des tiers – notamment de l'État et des juges – des affaires de famille¹⁴⁰. Par ailleurs, en matière de rapports patrimoniaux des époux, la doctrine considère que le code doit se contenter de suggérer la façon dont les biens peuvent être partagés entre les époux et ne pas l'imposer¹⁴¹. Pendant le mariage, comme c'est le mari qui a les pouvoirs sur les biens au sein de la famille et qu'on suppose que les époux s'aiment, on s'attend à ce que le mari use sagement de ses pouvoirs, tel un «bon père de famille»¹⁴². On s'en remet ainsi au chef de famille qui sait mieux que quiconque ce qui convient pour son épouse et ses enfants, notamment quant aux biens du ménage.

138. Elzébert Pouliot, «De l'importance du contrat de mariage» (1929-30) 32 R. du N. 127 et (1929-30) 32 R. du N. 152 à la p. 153 [Pouliot, «Contrat de mariage»]. Voir aussi Fontaine, *supra* note 128 aux pp. 74 et 81.

139. Fontaine, *supra* note 128 à la p. 83.

140. Anonyme, «Nos régimes matrimoniaux (suite et fin)» (1930) 8 R. du D. 517 à la p. 533; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 140 et 142; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 7 R. du D. 33 aux pp. 34 et 46; Léo Pelland, «Causerie du directeur» (1930) 8 R. du D. 330 aux pp. 330 et 331.

141. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 201; Pouliot, «Contrat de mariage», *supra* note 138 à la p. 127.

142. Dorion, «La communauté de biens», *supra* note 128 aux pp. 325 et 328; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 143, 203 et 207; Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 6 R. du D. 413 à la p. 422; Armand Lavallée, «Étude de notre système successoral actuel» (1923-24) 26 R. du N. 289 à la p. 302. En ce qui concerne la femme, Jetté juge que le fait qu'elle puisse rédiger son propre testament ne porte pas atteinte à l'autorité maritale puisque le testament ne prend effet qu'au décès de la femme, au moment où la puissance maritale a cessé. Louis-Amable Jetté, «Cours Jetté : Du mariage» (1928) 7 R. du D. 81 à la p. 82.

Quant au choix du mari plutôt que de la femme à titre de chef de la famille, la réponse s'explique, encore une fois, par la nature. Le législateur aurait ainsi suivi :

l'ordre de la nature qui, avec la force physique, a donné à l'homme surtout les moyens de pourvoir à la subsistance de sa compagne et de ses enfants, et qui a donné à la femme, avec une âme plus délicate, une sorte de besoin de sacrifice, le goût de se fondre, pour l'agrandir, dans la personnalité des siens.¹⁴³

Comme le droit de propriété, le droit de tester est associé à la nature. Selon le notaire Pouliot, le testament est un acte qui doit être fait avec «équité envers les mortels aussi bien que pour le Créateur qui discerne les motifs les plus secrets»¹⁴⁴. Un autre auteur va même jusqu'à écrire que la liberté de tester est «la plus sacrée des libertés civiles»¹⁴⁵.

Suivant le raisonnement de ces auteurs, il ne faut toucher ni à la liberté de tester ni à la liberté des conventions matrimoniales¹⁴⁶, ces institutions découlant de l'intégralité du droit de propriété tout en respectant l'autorité de l'homme dans la famille, deux principes qui viennent du droit naturel.

De surcroît, la liberté de tester est défendue au nom de la préservation du droit civil québécois.

143. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 37.

144. Elzébert Pouliot, «Le testament notarié» (1929-30) 32 R. du N. 129 à la p. 133. Cet auteur mentionne également que «si dans la vie un acte notarié devait être écrit à genoux comme pour prendre Dieu à témoin de la droiture des intentions et de la justice de l'acte, c'est bien le testament». Une trentaine d'années plus tard, certains auteurs continueront d'affirmer que la liberté de tester a sa source dans le droit naturel. Bergeron, *supra* note 122 aux pp. 676- 677.

145. L.J. Dostaler, «Institution – Condition –Disposition» (1926-27) 29 R. du N. 327 à la p. 330.

146. Anonyme, «Nos régimes matrimoniaux» (1930) 8 R. du D. 483 à la p. 509. Voir aussi Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 aux pp. 140-142.

2.3 Un principe du droit civil québécois

Soulignons d'emblée que la période qui a suivi la codification est une période où la doctrine se montre généralement favorable aux normes codifiées¹⁴⁷. Si «le droit n'est pas l'œuvre des hommes» et que «les législateurs humains ne le créent point»¹⁴⁸, le Code civil est néanmoins perçu comme une «œuvre» accomplie avec sagesse¹⁴⁹.

En fait, les auteurs n'apprécient pas que le contenu du code, ils sont fiers qu'on ait réussi à mettre de l'ordre dans la législation¹⁵⁰. Le code est considéré comme un outil qui est venu tirer le droit civil québécois de la confusion dans laquelle il était plongé¹⁵¹. Les bases sur lesquelles est fondé le Code civil sont jugées les bonnes, «il ne s'agit pas de les changer, mais de les appliquer à des situations nouvelles»¹⁵².

Des auteurs expliquent également que les situations problématiques sont généralement dues aux individus, et non aux

147. Sur la volonté de préserver l'intégrité du Code civil à cette époque, voir René Chaloult, «La «Société d'études juridiques» de Québec» (1931) 9 R. du D. 579. Voir également Sylvio Normand, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil» (1987) 32 R.D. McGill 559 et Jean-Guy Belley, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939)» (1993) 34 C. de D. 183.

148. Mignault ajoute que sur le plan philosophique, le droit est «un principe antérieur et préexistant, général, absolu, imprescriptible et invariable, parce qu'il tire sa source de la nature même de l'homme, qui ne change jamais.» Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret éditeur, 1895 à la p. 2.

149. B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 335.

150. Soulignons que ce grand respect du Code n'est pas qu'une affaire de juristes. Représentant un groupe de près de 8 000 fermières, Rolande Désilets parle du Code civil comme de la «pierre d'assise de la paix domestique». Selon elle, «la communauté familiale ne peut trouver de garantie à son bonheur que dans les lois établies par nos sages devanciers». Rolande Désilets, «Nos droits et nos devoirs» (1930) 11 La Bonne fermière 3.

151. Loranger, *supra* note 116 à la p. 9.

152. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 212.

lois¹⁵³. Conséquemment, il est jugé inutile de modifier le contenu du code, d'où la nécessité d'une certaine retenue législative¹⁵⁴. Un auteur souligne d'ailleurs qu'il «sera toujours difficile de faire comprendre à certaines personnes que le Code n'est pas un *statute*, qu'il est l'expression du droit antérieur tel que l'ont compris ceux qui ont rédigé ces lois»¹⁵⁵. Pour la doctrine dominante, le statut particulier du Code civil doit donc inspirer un certain respect¹⁵⁶.

Non seulement le Code civil assure-t-il une stabilité des règles qui gouvernent la société par le droit, mais il est perçu comme un instrument de préservation de la culture française¹⁵⁷.

153. Fontaine, *supra* note 128 à la p. 206; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 144.

154. Rappelons que lors de la codification, les codificateurs avaient donné un avertissement aux générations futures à propos des modifications au code. Ils avaient expliqué : «il est à désirer, qu'après que ce code aura obtenu force de loi, la législature se tienne en garde soigneusement et soit circonspecte à l'égard de toute innovation qu'elle serait appelée à y faire. Le Code a pour objet de répondre en termes exprès ou par implication légale à toutes les questions qui tombent dans la vaste étendue des sujets dont il traite. Il compose un système dont toutes les parties sont rattachées les unes aux autres avec soin, et toute législation par pièce, faite dans la vue de quelque changement particulier, peut affecter sérieusement d'autres parties de l'ouvrage que l'on ne voulait pas toucher, et conduire à un désordre et à une confusion considérable et imprévue». *Code civil du Bas Canada : Sixième et Septième Rapports et Rapport supplémentaire*, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865 à la p. 263.

155. J.-Émile Billette, «De l'autorité du droit anglais en matière de condition dans les testaments» (1931) 10 R. de D. 193 à la p. 203. Billette considère sans doute le «statute» comme un élément qui se greffe au droit dans la *common law*.

156. Les auteurs se méfient également de la «rhétorique parlementaire», des «lanternes» et des «ballons improvisés de certains orateurs politiques». Selon eux, il ne faut pas confondre le droit et la politique. Léo Pelland, «Encore le divorce» (1929) 8 R. du D. 7 aux pp. 8 et 12.

157. Mentionnons que le droit civil était déjà considéré comme un trait important de la société québécoise avant la codification. Voir Joseph-François Perrault, *Moyens de conserver nos institutions, notre langue et nos lois*, Québec, Fréchette et Cie, 1832 à la p. 23; Sylvio Normand, «La codification de 1866 : contexte et impact», dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*,

Selon le discours de certains juristes, il y a un problème de race et la «lutte» pour le maintien des lois est «l'un des signes distinctifs de notre race»¹⁵⁸. Le droit est considéré comme une arme d'assimilation pour les Britanniques et comme un bouclier pour les Canadiens¹⁵⁹. Reprenant les propos de Loranger¹⁶⁰, Antonio Perrault explique que «si les Canadiens n'ont pas été, depuis 1759,

Cowansville, Yvon Blais, 1993, 43 à la p. 59. Mentionnons également que l'histoire révèle qu'un rôle de gardiennes de la foi chrétienne, de la langue et de la tradition aurait été confié aux femmes dans le Canada français. Yolande Pinard, «Les débuts du mouvement des femmes à Montréal, 1893-1902» dans Marie Lavigne et Yolande Pinard, dir., *Travailleuses et féministes : Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal Express, 1983, 177 à la p. 180 et Ghislaine Desjardins, «Les Cercles de fermières et l'action féminine en milieu rural, 1915-1944» dans Marie Lavigne et Yolande Pinard, dir., *Travailleuses et féministes : Les femmes dans la société québécoise*, Montréal, Boréal express, 1983, 217 aux pp. 228, 229 et 233.

158. Antonio Perrault, *Pour la défense de nos lois françaises*, Montréal, Bibliothèque de l'Action française, 1919 à la p. 71 [A. Perrault]. C'est aussi l'interprétation de Jennifer Stoddart qui explique qu'à cette époque, la trilogie notre langage, notre religion et nos lois est à l'honneur étant donné que le problème du maintien de l'identité nationale des Canadiens français a atteint un nouveau niveau d'intensité. Stoddart, *supra* note 50 à la p. 331.
159. Un sociologue explique que la politique canadienne est un «champ de rivalités passionnées» entre Anglais et Français, protestants et catholiques, qui est également influencée par les États-Unis. Citation de propos tenus par André Siegfried en 1906, reprise dans Yolande Capistran, Aurore Dupuis et André Francoeur, «Le Québec 1867 - aujourd'hui» dans Michel Allard, dir., *L'histoire canadienne à travers le document*, t. 6, Montréal, Guérin, 1986 à la p. 342. C'est aussi l'interprétation de Kolish qui a écrit que le droit a été une «arme d'assimilation» pour les Britanniques et un «bouclier ou une forteresse» pour les Canadiens. Elle croit également que la préservation des lois et la préservation de la langue sont liées. E. Kolish, *supra* note 21 aux pp. 432 et 682. Sur le rôle social du droit et l'intérêt qu'il suscite pour la société à cette époque, voir L-Émery Beaulieu, «Le rôle social du droit» (1928) 7 R. du D. 206 à la p. 212.
160. Loranger explique notamment que le catholicisme et son puissant auxiliaire, la langue française, ont eu une grande influence sur la préservation des institutions. Loranger, *supra* note 116 à la p. 1.

absorbés par les races étrangères, s'ils sont restés français, ils le doivent au catholicisme, à la langue, mais aussi à leurs lois¹⁶¹.

Plusieurs auteurs jugent que ce sont ces lois fondées sur la nature qui ont permis de préserver l'identité des Canadiens-français et leurs traditions¹⁶². Quant à l'évolution de ces lois, ces auteurs parlent d'être «les maîtres chez nous»¹⁶³ et de «rester nous-mêmes»¹⁶⁴, ce que permet le Code civil. Pour préserver cet état de chose, les auteurs réfèrent abondamment à l'ancien droit et aux lois françaises qui ont été conservées par les ancêtres¹⁶⁵. Plus précisément au sujet de la liberté de tester et de la liberté des conventions matrimoniales, certains jugent qu'il serait «téméraire» de supprimer ces règles¹⁶⁶. En «saine législation», il paraît impossible de restreindre la liberté de tester du mari au profit de

-
161. A. Perrault, *supra* note 158 à la p. 4. Un auteur écrira, plus tard, que : «Based on history and on the Code Napoléon, the Civil Code of Lower Canada when enacted in 1866, gave a legal expression to the spirit of conservatism of the French Canadian people implied in the province's motto "Je me souviens"». Jean-Gabriel Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec (notes, cases, and materials)*, Toronto, Butterworths, 1962 à la p. 543.
162. Léonidas Bachand, «La loi d'adoption» (1924-25) 27 R. du N. 195 aux pp. 196 et 207 [Bachand, «La loi d'adoption»]; Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 213; Léo Pelland, «Deux congrès : Le divorce» (1929) 8 R. du D. 65 à la p. 66.
163. Léo Pelland, «Causerie du Directeur» (1930) 9 R. de D. 5 à la p. 14.
164. Dorion, «La philosophie du Code civil», *supra* note 128 à la p. 213.
165. A.-A. Bruneau, «Des arrérages de pension alimentaire» (1927) 5 R. du D. 321 à la p. 321; Bachand, «La loi d'adoption», *supra* note 162 à la p. 195; Léonidas Bachand, «La loi d'adoption modifiée» (1925-26) 28 R. du N. 257 à la p. 269; Dorion, «La communauté de biens», *supra* note 128 à la p. 334; L. Pelland, «À bas le divorce!» (1927) 5 R. du D. 449 à la p. 451; Adjutor Rivard, «De l'obligation alimentaire au cas de secondes noces» (1926) 5 Revue du droit 75 à la p. 77.
166. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 25. La liberté de tester est aussi abordée dans le premier rapport où les commissaires soulignent que les femmes sont allées loin dans leurs revendications, «si loin même, que pour atténuer certains résultats néfastes du régime de la séparation de biens, on a suggéré de restreindre la liberté des conventions, et même d'entraver la liberté de tester. Et l'on voit ainsi combien est compliqué le problème des régimes matrimoniaux.» Commission, *Premier rapport*, *supra* note 50 à la p. 14.

sa femme alors que celle-ci a convenu devant notaire que chaque époux devait avoir la libre disposition de ses biens¹⁶⁷. En plus de restreindre la liberté de tester, ces auteurs font valoir qu'on contreviendrait alors à la liberté des conventions¹⁶⁸. Pour ces auteurs, ces libertés doivent évidemment être préservées puisqu'elles font partie des principes qui sont à la base du Code civil. Le respect de la propriété privée et de l'autonomie de la volonté justifie que ces principes ne puissent être modifiés.

Il est intéressant de noter que les auteurs qui apprécient la liberté de tester font généralement fi de son origine anglaise¹⁶⁹. Si le respect de la tradition et de l'héritage des ancêtres est au cœur du discours de plusieurs auteurs, l'étude de la doctrine démontre que ce que les auteurs associent à cette tradition importe davantage que ce qui en fait véritablement partie! La tradition telle qu'admise par les auteurs est invoquée pour préserver l'ensemble des règles qui ont été codifiées – incluant celles d'origine anglaise – et, ainsi, préserver la stabilité et l'ordre tant dans la loi que dans la société en général. La liberté de tester semble alors perçue comme une partie d'un tout que représente le Code civil, code que bon nombre de Canadiens-français se sont approprié à titre de symbole identitaire¹⁷⁰.

167. Commission, *Deuxième rapport*, *supra* note 50 à la p. 26.

168. *Ibid.* Boucher de la Bruère associe la liberté de tester à «nos traditions nationales». B. de la Bruère Jr., *supra* note 118 à la p. 335. Dans un article publié en 1995, le professeur Kasirer souligne que la liberté de contracter et la liberté de tester sont considérées comme «the traditional twin pillars of the law of family property in Quebec». Kasirer, *supra* note 92 à la p. 800.

169. Pour une autre illustration d'un «oubli de l'histoire» par les juristes, voir David Howes, «From Polyjurality to Monojurality : The Transformation of Quebec Law, 1875-1929» (1986-87) 32 R.D. McGill 523, où l'auteur explique que des juges ont négligé l'origine législative de certaines dispositions du code dans leurs décisions.

170. Les professeurs Kasirer et Brisson parlent d'un «nationalisme de survivance», Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer, «La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation?» dans H. Patrick Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 221 à la p. 223.

Malgré cette fierté et cette volonté de préserver les règles codifiées, certains auteurs invitent néanmoins à ne pas prêcher en faveur du «marasme» et de «l'immobilité» :

Nos lois ne peuvent pas demeurer stationnaires. Sous l'action du temps, de conditions économiques et sociales modifiées, il leur faudra s'adapter à des nécessités nouvelles. La codification elle-même n'arrête pas l'évolution du droit. Les mœurs le modifient sans cesse selon les exigences de la société qu'il régit. Certains textes de notre code civil auraient besoin d'être complétés.¹⁷¹

Les auteurs reconnaissent donc qu'il est possible de modifier les règles en place, si de nouveaux besoins se font sentir et à certaines conditions.

Conclusion

Si la norme juridique relative à la liberté de tester est demeurée sensiblement la même pendant plus de deux siècles, cette étude montre que la perception et la compréhension de la liberté de tester s'est néanmoins transformée avec les années chez les auteurs en droit successoral québécois. Cette étude témoigne également de différentes représentations des impératifs légaux et sociaux en matière d'évolution des normes.

L'histoire montre que la représentation plus familiale de la *transmission du patrimoine au décès* que nous avons observée dans la doctrine était partagée par d'autres acteurs dans la société québécoise, qui ont aussi réclamé que la liberté de tester soit restreinte. Cependant, plutôt que de discuter des problèmes posés par la *transmission du patrimoine au décès*, ces acteurs ont réorienté le débat sur le *partage de l'avoir familial*, ce qui contribue à expliquer les raisons pour lesquelles la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de*

171. A. Perrault, *supra* note 158 à la p. 69.

favoriser l'égalité économique des époux a été adoptée¹⁷². En effet, cette loi traduit une représentation plus *familiale* – ou plus *conjugale* – du patrimoine accumulé par une personne mariée ou unie civilement à travers le patrimoine familial¹⁷³. Avec l'obligation alimentaire *post mortem*, elle dicte également une utilisation plus *familiale* du patrimoine du *de cuius* qui est justifiée par l'entraide qui est attendue entre membres d'une même famille.

À l'heure où on s'interroge sur la légitimité d'un patrimoine familial obligatoire pour tous les conjoints mariés ou unis civilement¹⁷⁴ et, à l'opposé, sur l'opportunité d'encadrer législativement la relation patrimoniale des conjoints de fait¹⁷⁵, il serait intéressant de voir où en est maintenant l'évolution des représentations sociales de la famille et du patrimoine, non seulement dans la doctrine, mais dans la population en général.

172. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 (Projet de loi 146). Sur ce passage de la *transmission du patrimoine* au *partage du patrimoine*, voir Christine Morin, «Les origines du caractère familial de l'ordre public successoral québécois» (2008) 3 R.J.T. 417.

173. Ces nouvelles normes ont pour effet de restreindre la *valeur* du patrimoine que le testateur peut librement transmettre à son décès. Même si le Code civil ne limite pas la liberté testamentaire de façon directe, ces dispositions législatives réduisent la liberté de testateurs *déterminés*, dans des situations *déterminées*. Voir les mémoires et les discussions à propos du document de consultation : Ministère de la Justice, *Les droits économiques des conjoints*, document présenté à la consultation par Herbert Marx et Monique Gagnon-Tremblay, Ste-Foy, Gouvernement du Québec, 1988. Assemblée Nationale, *Journal des débats*, 33^e législature, 1^{ère} et 2^e session, commission des institutions, 1986-1989.

174. Voir notamment Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé : perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002; Alain Roy, «L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages» (2000) 41 C. de D. 657.

175. Voir notamment Jocelyne Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES INCERTITUDES JURIDIQUES DE L'IDENTITÉ RELIGIEUSE

Auteur(s) : Vincente FORTIER

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **385-411**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

LES INCERTITUDES JURIDIQUES DE L'IDENTITÉ RELIGIEUSE

par Vincente FORTIER^{*}

Si le nom, le prénom, la date de naissance, la filiation mais aussi les caractéristiques physiques sont des éléments de l'identité d'un individu et permettent de le singulariser, la religion contribue également à la construction de l'identité personnelle.

Or l'identité civile telle qu'elle est appréhendée par le droit et l'identité humaine, structurée autour d'une foi plus ou moins intense, semblent mener une existence parallèle puisque le droit français en principe est indifférent aux préférences religieuses des individus.

Cependant l'être humain n'est pas réductible à ses seuls attributs légaux. Comment, dès lors, concilier les points de vue juridique et ontologique afin de prendre en compte le religieux dans l'humain?

Dans certains cas, l'identité religieuse cherche un prolongement dans l'identité juridique, civile ou physique. Dans d'autres hypothèses, plus problématiques, le croyant demande un affichage du religieux dans l'espace public.

If the surname, given names, date of birth, filiation as well as physical characteristics are elements for determining a person's specific identity, then logically, religion must also be a factor contributing to the establishment of one's identity.

However, civil identity, as determined by law, and human identity generally, which may be more or less influenced by one's religious faith, seem to exist in parallel in France since French law, as a rule, is indifferent to the religious preferences of individuals.

Nevertheless, a human being cannot be simply reduced to the sum of his or her legal attributes. How therefore would it be possible to reconcile both the legal and ontological aspects of human existence in order to take into account a person's religion?

In certain situations, religious identity merits inclusion as an element as pertinent as a person's legal, civil or physical identity. Religious identity becomes more problematic in a lay society when its adherents demand that there be displays of religious symbols in public areas or premises.

^{*} . Directrice de recherche au CNRS, Université de Montpellier I, UMR 5815, «Dynamiques du droit».

SOMMAIRE

I –	Affirmer son identité religieuse pour affermir sa foi	389
A –	L'identité civile saisie par la religion.....	390
B –	L'identité corporelle saisie par la religion	397
II –	Revendiquer son identité religieuse pour afficher sa foi	402

L'identité ne se compartimente pas, écrit Amin Maalouf dans *Les identités meurtrières*, elle ne se répartit ni par moitiés, ni par tiers, ni par plages cloisonnées. Je n'ai pas plusieurs identités, j'en ai une seule, faite de tous les éléments qui l'ont façonnée, selon un «dosage» particulier qui n'est jamais le même d'une personne à l'autre.¹

L'identité, c'est donc ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre; ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres², l'ensemble des caractères qui concourent à sa singularité. Identité civile et identité physique forment cet ensemble de caractéristiques qui font qu'un être humain existe comme être unique et ne se confond avec aucun autre.

Le nom, le prénom, la date de naissance, la filiation, mais aussi le corps, l'enveloppe charnelle, sont les éléments de l'identité que le droit connaît. Mais au-delà des éléments de son état au sens du droit, ce qui contribue à façonner l'identité d'un individu, c'est-à-dire ce sentiment d'être par lequel il éprouve que son moi le distingue radicalement des autres³, ce sont «toutes les caractéristiques morales, intellectuelles, spirituelles, physiques ou même socioprofessionnelles qui le distinguent des autres». La religion contribue incontestablement à la construction de l'identité personnelle, que celle-ci soit reçue en héritage ou qu'elle procède d'une quête spirituelle autonome. Identité humaine, structurée autour d'une foi plus ou moins impérialiste, et identité civile qui appréhende le sujet de droit de façon utilitaire, semblent mener une existence parallèle, puisque le droit français est, en principe, indifférent aux préférences religieuses des individus, à leur vie intérieure, dans le respect bien compris des principes d'égalité et de neutralité. Et du reste, lorsque le droit prend en compte la

-
1. Amin Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, Le Livre de poche, 2007 à la p. 8.
 2. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Paris, PUF, 2007, s.v. «identité».
 3. Alain Bernard, «L'identité des personnes physiques en droit privé, remarques en guise d'introduction» dans Jacques Chevalier, dir., *L'identité politique*, Paris, PUF, 1994, 127.

religion, c'est pour affermir le principe d'égalité, nommant alors pour protéger selon les mots de Danièle Lochak⁴.

Dès lors, si nous considérons que l'être humain n'est pas réductible à ses seuls attributs légaux, mais que, par ailleurs, le droit ignore le divin, comment concilier les points de vue juridique et ontologique afin de prendre en compte le religieux dans l'humain?

C'est sur deux modes, nous semble-t-il, que le religieux peut chercher à s'exprimer, comme élément de l'identité. Un mode mineur tout d'abord, intime, à dimension plus personnelle que collective lorsqu'il s'agit seulement pour le croyant d'affirmer son identité religieuse en investissant les différentes composantes de son identité juridique⁵. Un mode majeur, ensuite, lorsque la religion apparaît comme un corpus de représentations, de croyances et de pratiques dont la prétention normative vient concurrencer voire supplanter le système juridique. Il ne s'agit plus ici d'affirmer sa religiosité comme contribuant à l'identité, mais de la revendiquer comme élément premier de son identité.

L'une et l'autre hypothèses entrent dans le champ du droit, moins fortuitement que l'on pourrait le croire, le plus souvent par sollicitation du citoyen-croyant. Dans le premier cas, l'identité religieuse cherche un prolongement, une prise en compte dans l'identité juridique, civile ou physique. Dans le second cas, la religion et son vécu sont en eux-mêmes l'expression d'une recherche identitaire : le croyant semble s'inscrire dans une logique d'opposition ou d'incompatibilité avec le droit (ou bien citoyen, ou bien croyant) en ce qu'il demande un affichage du religieux dans l'espace public.

4. Danièle Lochak, «L'autre saisi par le droit» dans Bertrand Badie et Marc Sadoun, dir., *L'autre*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1996, 179.

5. Pour de plus amples développements sur ce thème nous renvoyons à la thèse de doctorat de Myriam Pendu, *Le fait religieux en droit privé*, Rennes, 2004 aux pp. 31 et s.

I – Affirmer son identité religieuse pour affermir sa foi

Appréhendée largement, l'identité d'une personne est constituée de multiples critères qui renvoient à ce qu'elle est, à son caractère, sa personnalité, son image, sa réputation ou encore à ses origines, culturelles, géographiques, sociales⁶. L'identité est en ce sens multidimensionnelle et polymorphe⁷. Entendue plus strictement et du point de vue du droit civil, l'identité d'une personne est révélée par certains éléments qui constituent son état (individuel et familial) et qui sont destinés à singulariser l'individu en tant que sujet de droit et à déterminer sa situation personnelle au regard de la loi civile. Prolongeant cette individualité de l'être humain, le corps, en tant que support matériel de la personnalité, «substratum de la personnalité juridique» selon les termes de Carbonnier, est également un facteur d'identité.

Les référents identitaires mis en place par le droit sont dénués de toute dimension religieuse. S'ils sont au premier chef des instruments de police civile, ils revêtent cependant une dimension personnelle et affective, rattachant la personne à un groupe social et évoquant son histoire familiale comme dans le cas du nom⁸. Dès lors, ces référents identitaires ne doivent pas seulement être appréhendés dans leur fonction sociale : investis par ceux qu'ils désignent, ces référents vont se charger d'un sens qui dépasse leur stricte dimension technique et vont jouer le rôle de révélateurs d'une réalité plus subjective de leur être⁹. Le droit dans une certaine mesure permet cette réappropriation par l'individu de son identité et la mise en adéquation de son identité juridique avec ses aspirations profondes et pour ce qui nous occupe, avec ses convictions religieuses.

6. David Bakouche, *Droit civil, les personnes, la famille*, Paris, Hachette supérieur, 2005 aux pp.50 et s. [Bakouche].

7. Jacqueline Pousson-Petit, «Conclusion» dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 979 [Pousson-Petit, «Conclusion»].

8. *Supra* note 6 à la p.51.

9. Voir sur ce point *supra* note 5.

A – L'identité civile saisie par la religion

L'identité civile possède une fonction informative. Chaque élément qui compose l'état des personnes contribue à préciser le statut civil du sujet de droit, statut individuel et familial. Ces éléments sont caractérisés par leur indisponibilité et en principe soustraits à l'emprise de la volonté individuelle afin justement d'en assurer la stabilité dans un but de police. Cependant, une telle rigidité connaît des atténuations avec le développement de nouvelles fonctions de l'état civil que l'on peut qualifier de psychologiques et que le droit, fait nouveau, appréhende¹⁰.

Le prénom participe à la fonction sociale d'identification, mais de façon auxiliaire, complémentaire du rôle joué par le nom¹¹. En dehors du droit, le prénom a une valeur symbolique. Sa fonction juridique n'est que secondaire : l'importance (sociologique et psychologique) dont se charge le prénom montre qu'en réalité sa fonction principale est extrajuridique. Il est ce support «personnalisissime» de la personnalité comme le qualifie le doyen Cornu. Le choix initial du prénom par les parents peut dans certains cas traduire un attachement à une foi et, dans cette perspective, révéler une part d'identité personnelle. Il se peut également qu'à un certain moment de sa vie, l'individu éprouve la nécessité d'une mise en correspondance de sa foi avec son prénom, celui-ci contredisant la religion réellement professée ou gênant son exercice. Cette mise en harmonie fonde alors une demande en changement de prénom à laquelle les tribunaux accèdent fréquemment¹². Identité civile et identité religieuse se rejoignent alors dès lors que l'individu peut exciper d'un intérêt légitime à ce changement. Le système juridique permet cette

-
10. Daniel Gutmann, «Identité civile et identité familiale» *Petites Affiches*, Paris, 28 avril 1999, n. 84 à la p.37 [Gutmann, «Identité»]; Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., t. 327, 2000 [Gutmann, «Sentiment»].
 11. Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction*, coll. Domat de droit privé, Montchrestien, 1995 à la p. 234 [Cornu, «Droit civil»].
 12. Vincente Fortier, *Justice, religions et croyances*, coll. CNRS droit, Paris, 2000 aux pp. 98 et s. [Fortier, «Justice»].

appropriation par le sujet de son identité religieuse, même s'il s'agit là d'une appropriation contrôlée.

Comme le remarque Daniel Gutmann, notre idéologie juridique veut que l'identité soit civile avant d'être familiale :

Traditionnellement, écrit cet auteur, la fonction première de l'état civil est d'identifier l'individu et de lui donner un moyen de preuve qu'il est bien celui qu'il prétend être. L'identité est alors la condition de l'intégration dans la cité. Pourtant, il est tout aussi vrai que l'identité civile désigne également une identité familiale.¹³

Par le jeu du mécanisme informatif (le nom qui révèle en principe une filiation, mais également le statut matrimonial), l'identité civile est le reflet de l'identité familiale et rattache l'individu à une généalogie. L'identité familiale résulte non seulement de la filiation, mais embrassant la situation matrimoniale et parentale, reflète tous les événements qui marquent la vie. L'identité familiale est très souvent investie par la religion. Le mariage, par exemple, comporte pour bon nombre de couples une dimension spirituelle certaine. Bien que le droit français confère une exclusivité au mariage civil et dénie toute autonomie au mariage religieux, il n'en demeure pas moins que le droit n'ignore pas totalement la religion : les solutions apportées par les juges au problème du Guett¹⁴, la considération certes bien timide des convictions religieuses dans le démariage¹⁵, l'existence même de la séparation de corps, si longtemps appelée divorce des catholiques, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte au dogme de l'indissolubilité du mariage, bien que peu utilisée (5000 cas par an), mais maintenue par la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce, témoignent de la prise en compte par le droit de l'identité religieuse dans le statut matrimonial. Toutefois, le droit est là aussi pour poser les limites à l'expression des

13. Gutmann, «Identité», *supra* note 10.

14. Vincente Fortier, «Le juge gardien du pluralisme confessionnel», *RRJ*, 2006-3 aux pp.1163 et s. [Fortier, «juge»].

15. *Ibid.* à la p. 1165.

convictions religieuses lorsque celles-ci heurtent nos valeurs fondamentales. Deux exemples illustrent notre propos.

Le premier concerne la lutte contre les mariages forcés, l'un des buts que s'est assignée la *loi du 4 avril 2006*¹⁶ *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*¹⁷. Certaines jeunes filles ou des jeunes hommes, français d'origine étrangère ou étrangers vivants en France sont mariés de force à des personnes qu'ils ne connaissaient pas ou à des membres de leur famille élargie à l'occasion de vacances dans le pays d'où leurs parents ont émigré¹⁸. Cette pratique concerne les familles originaires de Turquie, d'Asie, du Sénégal et aussi du Maghreb. Si la pratique ancestrale du mariage arrangé par les familles n'est pas critiquable en tant que telle, en revanche lorsque l'enfant n'est pas libre de consentir à cette union, il y a atteinte à un droit de l'homme fondamental, celui d'aimer et de se marier librement. Le nombre, en France, de victimes de tels mariages non consentis est difficile à estimer, car les jeunes gens hésitent à désobéir à leur famille en refusant l'union, en prenant la fuite ou en dénonçant l'union forcée à la justice. Certaines associations avancent le chiffre de 70 000 mineures et majeures potentiellement concernées¹⁹. Même si ce chiffre est contesté, l'augmentation tendancielle du nombre de mariages forcés est une

16. *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006*, J.O., 5 avril 2006, 5097.

17. On notera que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé aux États membres de mettre sur pied une politique de lutte contre les mariages forcés et les mariages d'enfants : Conseil de l'Europe, *Rec.* 1723 [2005], 5 octobre 2005, *Droit de la Famille*, novembre 2005, n°11, alerte 92.

18. Patrick Bloche et Valérie Pecresse, «L'enfant d'abord», Rapport n° 2832 de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janvier 2006.

19. Virginie Larribau-Terneyre, «La pratique des mariages forcés révélée par la jurisprudence», commentaire sous Cour d'appel de Colmar, 28 avril 2005, *Droit de la famille*, janvier 2006, n°1, comm. 1 [Larribau-Terneyre, «mariages»]; Virginie Larribau-Terneyre, «La loi contre la tradition : la lutte contre les mariages forcés par le relèvement de l'âge légal du mariage des femmes», *Droit de la famille*, mai 2005, n°5, repère 5 [Larribau-Terneyre, «loi»].

réalité et doit être replacée dans le contexte de la progression des mariages mixtes célébrés à l'étranger qui sont de l'ordre de 45 000 par an. S'inscrivant dans le cadre du plan global de lutte contre les violences faites aux femmes lancé par le gouvernement le 24 novembre 2004, la loi du 4 avril 2006 dans son volet civil est le reflet d'un ordre public matrimonial de protection renforcé²⁰. D'une part, la loi modifie l'article 144 du *Code civil* pour unifier à dix-huit ans l'âge requis pour se marier. Outre de promouvoir le principe d'égalité ou encore de s'adapter aux réalités sociales en tenant compte davantage de l'âge de la maturité que de l'âge de la puberté, l'augmentation de l'âge pour les filles a pour but de renforcer la liberté du mariage en protégeant la liberté du consentement pour lutter contre la pratique des mariages forcés. En relevant l'âge du mariage des femmes à l'âge de la majorité, la loi entend donner aux filles davantage de moyens pour résister à la pression parentale et refuser l'union que la famille veut leur imposer²¹. Cependant, cette disposition ne protège que les jeunes filles âgées de 15 à 18 ans, les plus vulnérables certes, mais pas les seules à être concernées par le problème des mariages forcés. La Commission nationale consultative des droits de l'homme observe que des jeunes femmes mineures ou majeures, étrangères ou binationales peuvent se voir imposer des mariages contractés à l'étranger ou en France selon des règles coutumières qui permettent de sceller une union sans mariage civil, celui-ci étant célébré plusieurs années après. En outre, remarque-t-elle, le respect des prescriptions relatives à l'âge du mariage suppose l'existence de registres d'état civil tenus rigoureusement ce qui n'est pas le cas dans tous les pays. C'est pourquoi la loi du 4 avril 2006 renforce l'ordre public matrimonial en étendant le rôle du ministère public. Désormais, celui-ci peut surseoir à la célébration

20. Marc Azavant, «Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple», *Droit de la famille*, octobre 2006, n°10, étude 40. À titre de comparaison, Christophe Le Berre, «Le cas des femmes qui entendent se soustraire à des mariages imposés», *Droit administratif*, juin 2005, n° 6, comm. 89 (Commission de recours des réfugiés, 24 septembre 2004, n°444000, *Mlle N.*).

21. En 2002, 469 personnes de moins de 18 ans se sont mariées soit 460 jeunes filles dont deux de moins de 15 ans et neuf garçons de 17 ans.

du mariage en cas de vice du consentement²², il peut également intenter une action en nullité relative pour vice du consentement²³. La sanction de la violation de l'ordre public est encore renforcée par la prise en compte de la crainte révérencielle comme cause de nullité du mariage²⁴. La jurisprudence admettait déjà que la contrainte familiale puisse constituer un vice de violence. Cependant, le contentieux est peu fourni puisque l'on dénombre, sur 15 ans, seulement 12 décisions, dont une seule de cassation concernant les mariages forcés alors que 78 sont relatives à des mariages de complaisance. Les cours n'ont prononcé que 6 annulations de mariage pour violence²⁵. On peut bien évidemment douter de l'efficacité du nouveau texte. Il n'en demeure pas moins que «chaque interdit posé constitue une balise ou un kern, instrument d'une pédagogie de la citoyenneté»²⁶. Même si certaines dispositions semblent n'avoir qu'une portée symbolique, elles améliorent tout de même la lisibilité des valeurs protégées dans notre société à l'égard des populations étrangères et jouent un rôle préventif et éducatif non négligeable²⁷.

22. Art. 175-2 C.civ. Cette sanction a été jugée nécessaire car, en cas de mariage forcé, la contrainte persiste après la célébration du mariage, ôtant à l'époux dont le consentement a été vicié toute possibilité d'action (Anne-Marie Leroyer, «Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, Regard civiliste sur la loi relative aux violences au sein du couple», *RTD Civ.* 2006 à la p. 402).

23. Art. 180 C.civ.

24. En effet, l'article 180 dispose désormais que «l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris la crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage».

25. Larribau-Terneyre, «Mariages», *supra* note 19.

26. Christine Lazerges, «À propos des fonctions du nouveau Code pénal français», *Archives de politique criminelle*, n° 17 à la p.7.

27. On ajoutera que la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité comporte des dispositions qui peuvent être utilisées dans le cas des mariages forcés. C'est le cas notamment de l'audition des futurs époux désormais obligatoire lorsqu'il existe un doute sur la réalité de leur consentement. Une circulaire du garde des Sceaux de mai 2005 dresse une liste indicative des indices faisant suspecter l'absence de liberté matrimoniale par exemple : l'un des conjoints est vulnérable; ou lors du dépôt du dossier ou de la cérémonie l'un des futurs époux est dans un

Le second exemple illustrant les limites juridiques à l'irruption de la religion dans la vie familiale concerne la répudiation de droit islamique comme moyen juridique de rupture du mariage, et qui nous entraîne sur les terres du droit international privé²⁸. La répudiation se caractérise par le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'homme dans la dissolution du mariage et, en conséquence, par la situation très fragile dans laquelle se trouve la femme, non seulement du point de vue pécuniaire, mais également quant à la pérennité de son union conjugale. Comme le souligne Jean-Pierre Marguénaud,

on aura beau faire et beau dire : même enrobée des garanties procédurales les plus raffinées, même accompagnée des compensations financières les plus mirobolantes, la répudiation, dans la mesure où elle conduit à la dissolution du mariage par la volonté unilatérale du seul mari, reste l'institution discriminatoire par excellence²⁹.

La question des répudiations a fait l'objet depuis vingt-cinq ans des plus vives discussions et suscité nombre de solutions jurisprudentielles³⁰.

Pendant un temps, la jurisprudence de la Cour de cassation sembla se fixer sur des bases solides, celles des droits

état d'hébétéude ou présente des traces récentes de coups, ou encore l'un des époux a fait des déclarations même rétractées sur des pressions subies du fait de tiers, de l'autre conjoint, de ses parents ou de ses proches.

- 28. Voir Marie-Claire Foblets, «Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe. Une reconnaissance conditionnelle» dans Pousson-Petit, «Conclusion», *supra* note 7.
- 29. Jean-Pierre Marguénaud, «Quand la Cour de cassation française n'hésite plus à s'ériger en championne de la protection des droits de la femme : la question de la répudiation», *RTD Civ.* 2004 à la p. 367 [Marguénaud].
- 30. Hugues Fulchiron, «Requiem pour la répudiation musulmane?», *JCP* 2004, éd G, n° 36, II 10128; Stéphane David, note sous cass. 17 février 2004, *Droit de la famille*, n° 298; Fanny Vasseur-Lambry, note sous Cour d'appel de Douai, 8 juin 2000, *Petites Affiches*, 9 octobre 2001, n° 201 à la p. 16.

fondamentaux : la répudiation est une institution inégalitaire puisque réservée au seul mari, elle heurte donc le principe d'égalité des époux affirmé par la CEDH³¹. Intrinsèquement contraire à l'ordre public français en matière internationale qui compte le principe d'égalité au titre de ses exigences, la répudiation ne peut être prononcée par le juge français; bien plus, une répudiation prononcée à l'étranger ne peut recevoir quelque effet que ce soit en France.

Cependant, en 1999 puis en 2001, la Cour de cassation renonça à raisonner en termes d'égalité entre époux. Prenant acte de ce que la répudiation est une institution fondamentale du droit familial musulman, la Cour de cassation ne prohiba que les répudiations abusives³². Ces solutions de compromis n'emportèrent pas la faveur de la doctrine et certaines cours d'appel résistèrent à ces solutions.

Le point apparemment final à ces hésitations jurisprudentielles en matière de répudiation a été marqué par les cinq arrêts rendus le 17 février 2004 par la Cour de cassation et qui par leur nombre, la fermeté de leur motivation et leur publicité relèvent incontestablement des arrêts de principe³³. Ces arrêts portent condamnations des répudiations musulmanes et sont un véritable «tir de barrage» contre la répudiation. La condamnation est générale : elle vise tout autant la répudiation en la forme privée traditionnelle que les hypothèses de répudiations judiciairisées contemporaines. Elle s'applique dès lors qu'il y a répudiation

31. À l'article 5 du protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984 à la convention EDH.

32. Celles qui n'étaient prononcées que pour échapper à la menace d'un divorce en France, celles qui bafouaient les droits de la défense ou encore celles qui n'assuraient pas à l'épouse des garanties financières minimales.

33. Cass. 1re civ., 17 fév. 2004, *D.* 2004, 815, chron., Patrick Courbe, et 824, concl. Francis Cavarroc; *Gaz. Pal.*, 25-26 février 2004, 29, note Marie-Laure Niboyet; *RJ personnes et famille*, mai 2004, 6, comm. Marie-Claude Meyzeaud-Garaud; dans le même sens, Cass. 1re civ., 20 septembre 2006, *AJ Fam.* 2007, 139; Cour d'appel de Paris, 12 octobre 2006, *AJ Fam.* 2007, 139 (note Alexandre Boiché).

stricto sensu, c'est-à-dire exercice d'un droit reconnu au mari de mettre fin au mariage par décision unilatérale, sans contrôle judiciaire réel sur les motifs ou sur l'opportunité de la rupture. La solution se fonde sur la contrariété intrinsèque de cette institution au principe d'égalité entre homme et femme³⁴, dès lors que la femme, sinon les deux époux, sont domiciliés sur le territoire français.

La solution retenue par la Cour de cassation³⁵ peut contribuer à la politique d'intégration des étrangers, elle peut également renforcer la position de tous ceux qui, dans les pays musulmans, se sont engagés dans des mouvements progressistes et luttent contre des institutions archaïques, pour la modernisation de ces sociétés³⁶. Ainsi, en est-il du Maroc qui, dans le Code de la famille, a instauré le principe d'égalité entre les époux le 23 janvier 2004.

B – L'identité corporelle saisie par la religion

«Le corps est le temple de l'Esprit-Saint», nous dit saint Paul dans l'Épître aux Corinthiens³⁷. Le corps humain n'est pas une chose : il est la personne même³⁸. Considéré par les anthropologues comme la souche identitaire de l'homme, le corps humain est tout à la fois un moyen de s'identifier (en tant que support matériel de la personnalité d'un individu) et d'être identifié comme croyant, le corps étant apparence, il véhicule des

34. Ce principe est garanti par l'article 5 du protocole n° 7 de la convention EDH et partie intégrante de l'ordre public français en matière internationale,

35. Voir cependant les réserves émises par Marguénaud, *supra* note 29, qui considère qu'il faut se garder d'une approche trop dogmatique de la question et qu'il faut «éviter que le dynamisme propre aux droits fondamentaux (leur caractère hégémonique diraient certains) ne détruise les équilibres subtils élaborés par la doctrine et la jurisprudence pour concilier les différents impératifs du droit international privé».

36. Patrick Courbe, *supra* note 33.

37. Saint Paul, Épître aux Corinthiens, chapitre VI, verset 19.

38. Cornu, «*Droit civil*», *supra* note 11, n° 479.

informations personnelles sur un individu et se fait aux yeux d'autrui le révélateur d'une croyance religieuse³⁹.

Le corps est conducteur de symboles. Depuis que la loi mosaïque a institué la circoncision comme signe de l'Alliance entre l'homme juif et son Dieu, depuis que le fait d'être circoncis a pu devenir pendant le génocide de la Seconde Guerre mondiale, signe de mort, on sait comment une marque sur le corps peut inscrire le symbolique dans la chair vive⁴⁰.

Lorsqu'elle s'exprime par le corps, la relation au religieux comporte deux dimensions : l'une éclatante, lorsque privilégiant l'apparence du corps, la religion se donne à voir. Et nous pensons ici bien évidemment au port d'un signe religieux visible, que celui-ci s'analyse comme une obligation intrinsèque à la religion professée ou comme une manifestation d'appartenance. L'autre dimension est intime, liée à des situations personnelles qui touchent à la vie privée. Face aux marqueurs religieux supportés par le corps ou inscrits dans le corps, quelle est l'attitude du droit?

Entre tolérance, exclusion et protection, les solutions de droit oscillent.

La tolérance s'exerce à l'égard de la circoncision rituelle, pourtant véritable exception au principe d'intangibilité du corps humain puisque la pratique consomme une atteinte irréversible de celui-ci. Elle constitue incontestablement une atteinte à l'intégrité du corps humain, en totale contradiction avec l'article 16-3 du *Code civil* qui dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004 dispose :

Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

39. Voir également *supra* note 5 aux pp. 75 et s.; Philippe Dubois, *Le physique de la personne*, Paris, Economica, 1986, 354.

40. Catherine Clément, «Circoncision et excision», *Encyclopaedia Universalis*.

La circoncision est une mutilation sexuelle et son fondement religieux n'y change rien. À ce titre, elle devrait encourir les foudres du droit pénal. Or elle n'est jamais poursuivie. Plus encore, aucun obstacle ne s'est jamais élevé contre la circoncision rituelle. On avancera le fait que la circoncision des juifs s'est pratiquée depuis toujours en France, que celle des musulmans en Afrique du Nord n'a pas ému l'administration coloniale et qu'aujourd'hui, le rite est perpétué dans notre pays sans clandestinité⁴¹. Le corps médical ne s'y oppose pas et la pratique est pour les musulmans effectuée à l'hôpital, semble-t-il remboursée par la sécurité sociale codifiée sous le sigle correspondant à l'opération du phimosis.

Y aurait-il alors une permission coutumière à l'égard de la circoncision? C'est discutable⁴². Quoi qu'il en soit, on peut d'un point de vue fondamental se demander si une coutume (si coutume il y a) pourrait couvrir une infraction aussi grave que les mutilations du corps.

Ordinairement couverte par le secret des familles, la circoncision se retrouve sur la scène judiciaire en deux occasions : d'une part, lorsque le père fait circoncire son ou ses fils sans avoir requis au préalable le consentement de la mère dont il est séparé (cela intéresse surtout les couples mixtes); d'autre part, lorsque les suites de la circoncision connaissent des complications qui peuvent être particulièrement graves allant jusqu'au décès de l'enfant. Même si ces derniers cas sont rares, ils montrent toutefois que l'acte est loin d'être anodin.

L'examen de la jurisprudence la plus récente montre que cette tolérance manifestée à l'égard de la circoncision est sans doute un peu moins bienveillante qu'auparavant. Qualifiée «d'acte grave ou encore d'acte important et unique dans la vie de l'enfant, qui n'est pas courant en France, d'acte non usuel de l'autorité

41. Christine Choain, note sous Cass. 1re civ., 26 janvier 1994, *D.* 1995. jurispr., 226.

42. *Ibid.*

parentale» par la jurisprudence⁴³, la circoncision impose au père de requérir le consentement de la mère⁴⁴. Sa carence en ce domaine est un motif grave qui peut entraîner la suppression de son droit d'hébergement voire de son droit de visite⁴⁵. Par ailleurs, cette qualification de l'acte oblige le médecin à s'assurer du consentement des deux parents. Si tel n'est pas le cas, il fera preuve d'une légèreté blâmable et donc sa responsabilité pourra être engagée⁴⁶. En fait, ce sont davantage les conditions de sa réalisation que la circoncision elle-même que le droit sanctionne. Et pourtant, la circoncision rituelle, geste irréversible et discriminant, ne fait pas que guider l'enfant dans le choix d'une religion, prérogative parentale, mais plutôt lui impose pour la vie entière une inscription religieuse dans son corps.

L'exclusion, à l'inverse, frappe l'excision, ce rite initiatique qui marque un changement de la personne, mais mutilation barbare qu'aucune croyance, fût-elle religieuse ne saurait justifier⁴⁷. Pour ne nous en tenir qu'à la France, on estime qu'au moins 30 000 femmes et fillettes excisées vivent actuellement sur notre territoire. Différentes organisations avancent le chiffre de 10 000 à 20 000 petites filles originaires d'Afrique qui seraient exposées au risque d'excision⁴⁸. La France est le seul pays d'Europe où l'excision a déjà donné lieu à plus de vingt procès. L'excision tombe sous le coup de la loi pénale : l'article 222-9 du

43. Cour d'appel de Rennes, 4 avril 2005, *jurisdata* n° 2005-292420; Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2000, *D.* 2001, p. 1585, note Cyrille Duvert.

44. Cour d'appel de Paris, 13 septembre 2000, *jurisdata* n° 2000-125029; Cour d'appel de Rennes 4 avril 2005, *précit.*; Cour d'appel d'Orléans, 14 mars 2006, *jurisdata* n° 2006-310764. Contra : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 4 mars 2004 (concernant deux époux de confession musulmane), *jurisdata* n° 2004-238032.

45. Par exemple, Cour d'appel de Poitiers, 21 novembre 2000, *jurisdata* n° 2000-146397.

46. Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2000, *précit.*; Thierry-Xavier Girardot, «Régime de la responsabilité sans faute des établissements publics d'hospitalisation», *AJDA* 1997 à la p. 959.

47. *Supra* note 12 aux pp. 39 et s.; *supra* note 5 aux pp. 78 et s.

48. Jean-Charles Champagnat, «Les droits de l'enfant» (1999-2008), en ligne : Les droits de l'enfant <www.droitsenfant.com>.

Code pénal punit les violences ayant entraîné une mutilation de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. L'infraction est criminalisée dès lors que l'excision est pratiquée sur un mineure de quinze ans : elle est passible de quinze ans de réclusion criminelle et, si elle a été commise par les parents, la peine est portée à vingt ans de réclusion. Lorsque ces violences entraînent la mort de l'enfant (ce qui a déjà été le cas en France), l'article 222-8 prévoit une peine d'une durée de trente ans de réclusion criminelle. Cependant, et malgré la criminalisation de l'infraction depuis 1984, les sanctions apparaissent seules impuissantes à éradiquer une pratique identitaire au fondement religieux très contestable. C'est que la loi du silence règne autour de l'excision vécue par ceux qui la pratiquent comme une coutume ancestrale et donc contraignante. Effet pervers de la répression : les parents font pratiquer l'excision sur leurs fillettes dans leur pays d'origine durant les vacances. Mais la loi pénale s'applique à eux de la même manière. On notera également qu'en juin 2004, l'Académie de médecine a rappelé aux médecins qu'ils devaient signaler tout cas d'excision constaté. Certains avancent que la condamnation de l'excision en France serait la manifestation d'un néocolonialisme culturel. L'argument n'est pas recevable, l'acte emportant pour la fillette excisée de telles conséquences qu'il n'est pas admissible.

Exclusion encore, sur d'autres fondements, du port d'un signe religieux manifestant ostensiblement une appartenance religieuse par les élèves dans les écoles de la République⁴⁹ ou par les agents de l'État dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁰.

Mais protection vigoureuse du croyant, victime d'une discrimination en raison de sa religion. Tel est le cas par exemple

49. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, J.O., 17 mars 2004, 5190.

50. Voir sur ce point Joël Berthoud, «La neutralité religieuse du fonctionnaire», *Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, 21 mars 2005, n° 12 à la p. 1142.

en droit social avec l'article L.1132-1 qui interdit toute mesure à l'encontre du salarié prise en considération de ses convictions religieuses⁵¹.

II – Revendiquer son identité religieuse pour afficher sa foi

L'identité comporte deux signifiés : celui qui recouvre l'identité individuelle, son versant individualiste et que nous venons d'évoquer et celui qui permet l'identification à la communauté d'appartenance, le versant communautaire de l'identité⁵². C'est à celui-ci que nous allons désormais nous attacher. Comme le souligne le sociologue Gérard Neyrand,

l'accroissement de la réflexivité individuelle dans les sociétés occidentales a contribué à l'émergence de revendications spécifiantes concernant certaines caractéristiques individuelles qui représentent pour le sujet un enjeu identitaire fort. La cristallisation de ces revendications en mouvements sociaux (...) a symbolisé le passage à un nouveau régime identitaire, celui de l'affirmation volontaire de noyaux organisateurs choisis dans la diversité des références constitutives de l'identité personnelle, qui jouent le rôle de principes structurants d'une identité vécue comme trop éclatée.⁵³

Évoquer le versant communautaire de l'identité, c'est renvoyer à la notion de communautarisme et, par voie de conséquence, à la mise en avant de l'appartenance à une communauté laquelle revendique d'être reconnue, entendue en tant que telle.

51. Pour de plus amples développements, nous renvoyons à notre article, Fortier, «Juge», *supra* note 14 aux pp. 1167 et s.

52. «Toutes les revendications identitaires sont d'ailleurs intrinsèquement paradoxales, elles possèdent un versant individualiste déjà équivoque mais aussi un versant communautaire. Ces deux logiques peuvent entrer en conflit» : Pousson-Petit, «Conclusion», *supra* note 7 à la p. 984.

53. Gérard Neyrand, «Identification sociale, personnalisation et processus identitaires», dans Jacqueline Pousson-Petit, *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, *supra* note 7 aux pp. 93 et s.

En France, le communautarisme est perçu négativement : la reconnaissance de l'appartenance favoriserait un système de personnalité des lois, c'est-à-dire de pluralisme juridique extrême laissant craindre une «tribalisation» de la société, une remise en cause du lien social, à tout le moins sa fragilisation⁵⁴. On peut retenir comme définition du communautarisme, celle qui y voit un affaiblissement de la prise en compte abstraite de l'individu au profit de la surévaluation de certains de ses traits physiques, ethniques, sexuels, religieux, l'essentiel étant qu'ils soient considérés comme débouchant sur une vision du monde particulière commune à ceux qui les ont en partage⁵⁵. L'individu est alors réduit à telle particularité et demande une réorganisation de son statut en fonction de la culture ainsi induite. Le communautarisme exalte l'individu, mais après l'avoir fondu dans le groupe⁵⁶. Mais on peut penser le communautarisme, c'est-à-dire la reconnaissance des appartenances «non point comme une invitation au repli des communautés sur elles-mêmes, ni comme une apologie de la différence pour la différence», mais comme la possibilité de «concevoir un droit commun qui, par exemple au moyen de la dialectique du principe et de l'exception, soit apte à accueillir une diversité reconnue comme légitime par le corps politique»⁵⁷.

Les tribunaux n'échappent pas aux manifestations de ce communautarisme, et les revendications fondées sur une reconnaissance de la singularité d'un groupe nourrissent une part du contentieux. Ces revendications lorsqu'elles sont de nature religieuse, illustrent un retour ou une poussée vers l'orthodoxie qui ne va pas sans heurter le droit. Dans un tel cas de figure, la règle religieuse est en quelque sorte surexposée et, dans sa prétention normative, vient concurrencer, jusqu'à chercher à la supplanter, la loi commune. «Le communautarisme se traduit par

54. Sur cette question, nous renvoyons à l'analyse pénétrante de Daniel Gutmann, «sentiment», *supra* note 10 aux pp. 434 et s.

55. Rémy Libchaber, «Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit», *RTD Civ.* 2003 à la p. 575 [Libchaber].

56. *Ibid.*

57. Gutmann, «Sentiment», *supra* note 10 à la p. 4.

une projection des singularités de la personne sur son environnement juridique et par une soumission des droits qui doivent lui être octroyés à ses besoins identitaires»⁵⁸.

Quelques affaires récentes en droit des contrats fournissent un exemple particulièrement topique de la situation. Elles invitent à s'interroger sur la légitimité d'une demande tendant à la prise en compte de l'appartenance religieuse pour déroger à la règle commune.

La première affaire⁵⁹ concerne un groupe de vingt-cinq locataires de confession juive habitant un ensemble immobilier de mille personnes. Pour améliorer la sécurité de la résidence à la demande d'une association de locataires, la société propriétaire de l'ensemble a fait installer autour de la résidence des grilles et quelques portes s'ouvrant grâce à un clavier électronique (digicode) qui enclenche un dispositif électronique. Or, les vingt-cinq locataires observateurs scrupuleux des prescriptions de leur religion leur interdisant l'utilisation de toute forme d'énergie et notamment, l'électricité, assimilée au feu, pendant le shabbat (donc du vendredi soir au samedi soir) et les fêtes religieuses se sont insurgés contre la mise en place d'un dispositif qui, certains jours, les obligeait à choisir entre une violation de l'interdit électrique et une absence aux offices religieux.

Les locataires assignèrent alors la société en vue d'obtenir l'installation d'une serrure mécanique et la remise des clefs permettant ainsi d'éviter l'utilisation du digicode litigieux. La Cour de Paris, par son arrêt du 27 octobre 2000⁶⁰, accueillit favorablement la demande en se fondant sur la liberté de culte garantie par la Constitution française et sur les textes internationaux sans précision, mais parmi lesquels on peut

58. *Ibid.*

59. Cass. 3e civ., 18 décembre 2002, *RJPF*, avr. 2003 à la p. 9 (note Éric Garaud), *RTD civ.* 2003 à la p. 90, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages à la p. 383, obs. Jean-Pierre Marguénaud à la p. 575, obs. Rémy Libchaber, *AJDI* 2003 à la p. 182, concl. Olivier Guérin.

60. Cour d'appel de Paris, 27 octobre 2000, *Jurisdata* n° 2000-128442.

supposer bien évidemment l'article 9 de la CEDH. Confirmant la décision des premiers juges, elle considère que le fait de refuser d'installer des serrures mécaniques au moins pour l'un des accès à la résidence cause un trouble manifestement objectif aux résidents qui en font, dit la Cour, la demande légitime. Sous le visa de l'article 9 de la CEDH et de l'article 1134 du *Code civil*, la Cour de cassation dans un attendu cinglant casse l'arrêt de la Cour de Paris :

Les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique.

Cette décision peut être analysée à un triple point de vue juridique correspondant du reste au triple visa de l'arrêt de cassation : l'article 1134 du *Code civil* selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la CEDH dans ses articles 9-1 et 9-2⁶¹ qui protègent la liberté religieuse, la liberté de manifester sa religion et d'exercer son culte, et l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 concernant le bail d'habitation. Sans entrer dans la technique juridique, il apparaît toutefois que plusieurs enseignements doivent être tirés de la solution de la Cour.

À la question de savoir si au nom du respect des droits fondamentaux du contractant, il fallait considérer que la religion s'était intégrée dans la loi du contrat, la Cour régulatrice oppose un principe de laïcité contractuelle, affirmé avec force. En dehors d'une contractualisation expresse de l'élément religieux, les pratiques religieuses n'entrent pas dans le champ du contrat. En cela, la solution suit une jurisprudence bien établie, en matière de droit du travail : depuis 1998, au moins, la chambre sociale considère que les convictions religieuses du salarié n'entrent pas, sauf clause expresse, dans le cadre du contrat de travail⁶².

61. Voir sur ce point les observations de Marguénaud, *supra* note 29.

62. Cass. soc., 24 mars 1998, *Bull. civ.* V, n°171, *Dr. Soc.* 1998, 614, obs. Savatier; Yves Chauvy, «Travail et religion sous le rapport tempéré de la

Par ailleurs, «les pratiques dictées par les convictions religieuses» selon les termes de la Cour de cassation, ne peuvent faire irruption dans le contrat au moment de son exécution par le biais de l'exigence de bonne foi. Elles ne font naître, dit la Cour, aucune obligation spécifique. Cela signifie qu'une partie, même tenue d'exécuter loyalement le contrat, n'a pas le devoir d'en adapter le contenu aux préceptes et interdits religieux qu'observe son partenaire contractuel⁶³.

Cette solution appelle, nous semble-t-il, quelques réserves : tout d'abord, et quelle que soit la décision des juges, la demande des locataires n'était-elle pas recevable dans son principe⁶⁴? Ceux-ci avaient pris à bail des appartements sans digicode; en l'installant, le bailleur modifiait quelque peu les conditions d'exécution du contrat. On peut bien sûr discuter sur les notions d'intérêt collectif et d'intérêt individuel; on peut regretter également qu'une médiation n'ait pas été mise en place qui aurait permis de trouver une solution conciliant les intérêts en présence. Sans doute aussi, la réception de cette sorte d'objection de conscience pourrait effectivement avoir des conséquences pratiques difficilement maîtrisables⁶⁵. Cependant, ce qui est gênant dans l'attendu de la Cour de cassation, c'est que la revendication des locataires semble ne pas être recevable à raison même de son origine religieuse.

Cette affirmation catégorique d'un tel principe de laïcité contractuelle n'est pas forcément convaincante et il ressort que la Cour régulatrice fait peu de cas de la liberté de conscience. La même critique peut encore être formulée à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juin 2006⁶⁶. Cet arrêt confirme que la Haute juridiction entend s'en tenir à l'application stricte des

neutralité (autour d'un interdit alimentaire dans l'islam d'outre-mer français)», *Gaz. Pal.*, 18 novembre 1998, chron., 3.

63. Jacques Mestre, *obs. supra* note 59.

64. En ce sens voir Libchaber, *supra* note 59.

65. Voir les conclusions de Olivier Guérin, *supra* note 59.

66. Cass 3e civ, 8 juin 2006, *Petites affiches*, 5 juillet 2006, n°133, 9 (note Dominique Fenouillet).

règles, en l'espèce la force obligatoire des actes juridiques, peu important les impératifs de la conscience individuelle.

Il s'agissait ici d'un couple de copropriétaires, de confession juive qui avait édifié sur son balcon une construction en végétaux à l'occasion de la fête des cabanes. Prévue par la Torah, cette fête qui prescrit de construire des cabanes de feuillage et de bois et d'y habiter pendant sept jours, commémore les années d'errance du peuple juif dans le désert, et marque la confiance en Dieu et l'indifférence à l'aisance matérielle. Par une résolution votée en assemblée générale de copropriété, le syndic est mandaté pour agir en justice afin d'obtenir l'enlèvement de la cabane litigieuse. Les époux répliquèrent en assignant le syndicat des copropriétaires en annulation de la résolution. Ils estimaient que l'édification sur leur balcon pendant une semaine d'une cabane précaire et temporaire leur permettant de respecter les prescriptions de la religion juive, sans créer de nuisances ou de risques pour les autres copropriétaires, était conforme à la destination de l'immeuble. La résolution de l'assemblée générale devait dès lors être annulée comme restreignant leur droit d'exercice d'un culte sans être justifiée par la destination de l'immeuble. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁶⁷ rejeta la demande des époux : la cabane ne constituait pas un abri de jardin (permis par le règlement de copropriété), elle était constituée de parois de canisses (interdit par le même règlement) et elle portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble, car visible de la rue. Enfin, «la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne peut avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété». Les époux formèrent un pourvoi en cassation. Ils reprochaient notamment à la Cour d'appel d'avoir violé l'article 9 du Code civil et l'article 9 de la CEDH en permettant à un règlement de copropriété de priver un copropriétaire de sa liberté d'exercer son culte. La décision rendue par la Cour de cassation est intéressante en ce que, comme l'écrit Dominique Fenouillet, la liberté religieuse était soumise à

67. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 18 janvier 2005, *jurisdata* n° 2005-25078.

l'épreuve du droit des biens, plus particulièrement aux dispositions d'un règlement de copropriété, cet acte juridique original de conciliation de l'individuel et du collectif. La Cour de cassation rejeta le pourvoi reprenant à son compte la formulation de l'attendu de la Cour d'Aix-en-Provence : la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, dit la Cour de cassation, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété, la cabane faisant partie des ouvrages prohibés par le règlement et portant atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue. Si la solution retenue en l'espèce n'était pas déraisonnable, en revanche elle traduit une certaine défiance à l'encontre de la liberté religieuse. Sans doute la solution se comprend-elle face à la progression des revendications identitaires de nature religieuse, du communautarisme qui peut affecter l'unité de la société. Le rappel des principes essentiels de notre droit est certes la mission de la Cour régulatrice. Mais la paix sociale ne s'est-elle pas construite sur un vaste compromis⁶⁸? Une approche dogmatique de la laïcité est-elle la mieux à même de répondre aux revendications communautaires? Or, comme le remarque Jean-Michel Belorgey,

on ne viendra à bout de ce que ces revendications identitaires ont de belliqueux et de menaçant pour la cohésion sociale, de l'ethnisation redoutée, qu'en éliminant les comportements qui les engendrent; autrement dit en faisant une juste place à la différence, à

68. Michel Miaille, «À propos de citoyenneté et laïcité : débat sur l'universel», dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, dir., *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, coll. Droit et société, Paris, L.G.D.J., 2007 à la p. 83 : »force est de considérer aujourd'hui d'abord que les choses ont été plus complexes que cette histoire quelque peu enchantée d'une République radicale aux accents de l'abbé Grégoire rejetant les patois et les histoires locales et d'une séparation stricte en 1905 [...]. Après l'échec du projet Combes, la séparation version Briand est un compromis accentué par la pratique administrative marquée par l'œuvre du Conseil d'État. Les exceptions dans le droit – les statuts dérogatoires – comme dans les faits montrent que la France est loin du divorce célébré souvent de manière mythologique».

sa désignation, aux stratégies que son acceptation, et, dans une certaine mesure sa reconnaissance, devraient gouverner.⁶⁹

Cependant, le droit sait parfois faire une place au fait religieux en tant qu'expression d'un différentialisme porté par une communauté. Tel est le cas des entreprises de tendance. Encore que depuis 1991⁷⁰, on note que la Cour de cassation a infléchi sa position à l'égard de ces entreprises, caractérisées par un projet qui promeut une doctrine, une idéologie, une morale particulière, dans un sens plus soucieux de la protection de la vie privée des salariés⁷¹. En effet, ces entreprises, selon l'arrêt Fischer de 1986⁷², étaient en droit d'exiger de leurs salariés «une communauté de pensée et de foi avec l'employeur», solution dont le fondement résultait de l'objet même de l'entreprise. L'évolution de la jurisprudence après cet arrêt est caractérisée par la recherche d'un équilibre entre les exigences propres à l'entreprise de tendance et la protection de la vie privée du salarié. En effet, si le comportement d'un salarié travaillant dans une entreprise de tendance peut fonder un licenciement, désormais c'est à la condition que, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, un tel comportement ait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Telle est la solution adoptée depuis 1991 qui, marquant l'abandon de la jurisprudence Fischer, privilégie l'analyse objective des faits et l'application du principe de proportionnalité. Cependant, ce serait méconnaître la réalité de l'entreprise de tendance que de croire que le salarié n'est jamais tenu d'adhérer au projet religieux de l'entreprise pour laquelle il

69. Jean-Michel Belorgey, «Communautarisme ou universalisme : quel modèle?», dans Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, dir., *ibid.* à la p. 27.

70. Cass. soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991, éd. G, II, 21724, note Alain Sériaux.

71. Philippe Wacquet, «Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance», *Gaz. Pal.* 1996, doct. à la p. 1427.

72. Cass. soc., 20 novembre 1986, *JCP* 1987, éd. G, II 20798 (note Thierry Revet), et dont la solution est plus sévère que celle posée quelques années auparavant par l'Assemblée plénière dans l'affaire bien connue de la dame Roy et de l'association Sainte Marthe : 19 mai 1978, *D.* 1978, jurispr., 541 (concl. Robert Schmelck, note Philippe Ardant).

travaille. Notamment pèse sur lui une obligation d'adopter une attitude qui ne contredise pas l'impératif religieux, ce qui parfois déborde le cadre de la vie professionnelle. Comme le soulignent certains auteurs, «dans l'entreprise de tendance, l'article L. 122-45 du Code du travail qui sanctionne les discriminations est en quelque sorte appliqué à rebours, à savoir que les choix de l'employeur (d'embaucher, d'affecter à un poste, de licencier) reposent sur l'idée de conformité religieuse ou de préférence, ce qui est illégal dans l'entreprise ordinaire»⁷³. En revanche, il n'est pas possible d'admettre une surexposition de l'élément religieux dans l'entreprise de tendance qui conduirait à reconnaître implicitement la possibilité de supprimer ou de limiter les libertés du salarié à raison de l'objet même de l'entreprise.

À cette vigilance du droit à l'égard du fait communautaire religieux, plusieurs justifications peuvent être avancées qui plongent leurs racines dans notre histoire. On sait le long combat en France pour construire une sphère publique émancipée des appartenances privées et notamment religieuses. Et, du reste si l'identité civile peut être investie par la religion sans que le droit de manière générale n'y trouve pas grand-chose à redire, en revanche, dès lors que l'identité sociale est en cause, le droit affirme sa prééminence. Cette méfiance du droit s'explique également «par cette menace qui pèse toujours sur l'État d'être opposé à une organisation rivale»⁷⁴.

Dans le fond, notre société est confrontée à un double changement de paradigme :

73. Henri Gleizes et Pierre Strasser, «*Religion et travail*» dans Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt et Jean-Marie Woehrling, dir., *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003 à la p. 21.

74. Libchaber, *supra* note 55 («Car les religions proposent du monde non seulement une vision structurée mais aussi et surtout un véritable ordre juridique. Dans ses relations avec les religions, l'État est contraint de raisonner de puissance à puissance. Cela explique qu'en France le traitement de la plupart des religions est non pas juridique mais politique. Cela conduit l'État à affirmer ses positions et l'incite à une hostilité de principe»).

- d'une part celui qui affecte les croyances plus intransigeantes vis-à-vis de l'extérieur sur le chapitre de la reconnaissance et qui, instrumentalisées, deviennent le vecteur de revendications communautaires.
- d'autre part, une diversité religieuse sans précédent qui s'est affirmée en un siècle.

L'enjeu du débat, nous semble-t-il, c'est la capacité de la République de composer avec le pluralisme religieux, pour assurer la paix sociale.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES: L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES PAR LA CHARTE QUÉBÉCOISE

Auteur(s) : Mélanie SAMSON

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **413-481**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES : L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES PAR LA CHARTE QUÉBÉCOISE*

par Mélanie SAMSON**

Alors qu'un débat de société est en cours sur la question des accommodements raisonnables et qu'il a récemment été jugé nécessaire de modifier la Charte des droits et libertés de la personne pour assurer une protection accrue du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes, force est de constater que certaines dispositions anti-discrimination qui existent depuis plus de trente ans en droit québécois sont encore fréquemment bafouées et que leur portée demeure mal définie. Dans le texte qui suit, l'auteure cherche à délimiter l'étendue de la protection offerte par les articles 12 et 15 de la Charte québécoise en matière d'égalité dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public. La première partie du texte est consacrée aux éléments constitutifs d'une discrimination dans l'accès à un bien ou à un service couramment offert au public. Dans la seconde partie, l'auteure s'intéresse aux limites au droit à l'égalité. L'objectif est de définir en quoi consistent une mesure d'accommodement raisonnable et une contrainte excessive en matière de fourniture de biens ou de services. Essentiellement, l'auteure cherche à démontrer qu'en matière d'égalité, la Charte québécoise se démarque tant de la Charte canadienne que des lois anti-discrimination en vigueur dans les autres provinces; tenir compte de cette différence assurerait une meilleure protection du droit à l'égalité, notamment dans l'accès aux biens et aux services destinés au public.

The current debate concerning reasonable accomodation notwithstanding and despite the fact that the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms has recently been modified to improve the protection of equality rights between men and women, it must be noted that certain provisions of the Charter adopted over thirty years ago are still being transgressed and their scope remains imprecisely defined. The present article examines protections set out by sections 12 and 15 of the Charter which prohibit discrimination in the provision of goods or services ordinarily offered to the public. The writer analyses certain factors which must be established in order to determine whether discrimination has in fact occurred in providing access to goods or services. In the second part of the paper, the writer examines certain limitations to equality rights with a view to specifying what constitutes reasonable accomodation and what amounts to undue hardship regarding the provision of goods and services to the public. In essence, the writer seeks to demonstrate that the protections afforded by the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms are not precisely the same as those extended by the Canadian Charter of Rights and Freedoms or by the various human rights statutes of the other provinces. By taking into account these differences, better protection of the right to equality is ensured.

* . La présente étude a été rendue possible grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

** . LL.B. (Laval), LL.M. (Laval); avocate; doctorante, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure tient à remercier le professeur Christian Brunelle qui a lu et commenté une version préliminaire du présent texte.

SOMMAIRE

I. La protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services	417
A. La présence d'une différence de traitement	419
B. Le fondement de la différence de traitement.....	424
C. L'atteinte à un droit ou à une liberté protégés.....	427
D. L'exigence d'une atteinte à la dignité?	450
 II. Les limites à la protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services	 454
A. L'obligation d'accommodement raisonnable dans le contexte d'une relation entre le fournisseur de biens ou de services et le public.....	455
B. La défense de contrainte excessive dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public.....	461
C. Quelques moyens de défense rejetés par les tribunaux	466
D. Le besoin des minorités de se rassembler : un moyen de défense valable?	471
 Conclusion	 480

Quelle différence y a-t-il entre un propriétaire de logements qui refuse de louer à des personnes de race noire¹, une municipalité qui interdit aux citoyens en fauteuil roulant l'accès à ses patinoires² et un club de golf qui refuse aux femmes l'accès à certaines de ses aires de restauration³? À première vue, il n'y en a aucune; tous ont un comportement discriminatoire. Pourtant, dans l'état actuel de la jurisprudence, seul le premier est susceptible d'être trouvé responsable d'une discrimination illicite.

Alors qu'un débat de société est en cours sur la question des accommodements raisonnables⁴ et qu'il a récemment été jugé nécessaire de modifier la *Charte des droits et libertés de la personne* pour assurer une protection accrue du droit à l'égalité

1. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Caci* (8 octobre 1998), Montréal 500-53-000089-985, J.E. 98-2279 (T.D.P.Q.) [*Caci*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Gestion S.I.B. inc.* (25 janvier 2000), Montréal 500-53-000107-993, J.E. 2000-343 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-009313-008 (29 mai 2000); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Yazbeck* (3 août 2001), Montréal 500-53-000145-001, J.E. 2001-1793 (T.D.P.Q.) [*Yazbeck*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bétit* (28 mai 2003), Québec 200-53-000023-023, J.E. 2003-1463 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Pettas* (12 avril 2005), Montréal 500-53-000211-043, E.Y.B. 2005-89801 (T.D.P.Q.) [*Pettas*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dion* (10 mars 2008), Terrebonne 700-53-000001-077, J.E. 2008-744 (T.D.P.Q.) [*Dion*].
2. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Repentigny (Ville de)* (13 janvier 2005), Joliette 705-53-000016-017, J.E. 2003-495 (T.D.P.Q.) [*Repentigny*].
3. *Marine Drive Golf Club v. Buntain*, (2007) 278 D.L.R. (4e) 309 (B.C.C.A.) [*Marine Drive Golf*], autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, 31907 (28 juin 2007).
4. Créée en février 2007, la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles avait pour mandat de «formuler des recommandations au gouvernement visant à s'assurer que les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles sont conformes aux valeurs de la société québécoise en tant que société pluraliste, démocratique et égalitaire» (Décret 95-2007). Son rapport final a été rendu public le 22 mai 2008 et est disponible à l'adresse suivante : <http://www.accommodements.qc.ca/index.html>.

entre les hommes et les femmes⁵, force est de constater que certaines dispositions anti-discrimination qui existent depuis plus de trente ans en droit québécois sont encore fréquemment bafouées et que leur portée demeure mal définie. La présente étude cherche à délimiter l'étendue de la protection offerte par les articles 12 et 15 de la *Charte québécoise* en matière d'égalité dans l'accès aux biens et aux services offerts au public. Rappelons dès maintenant que la première de ces dispositions prohibe de manière générale la discrimination quant aux biens et aux services ordinairement offerts au public⁶ alors que la seconde interdit plus spécifiquement les pratiques discriminatoires dans l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics de même qu'aux biens et aux services qui y sont disponibles⁷.

Dans une première partie (I), nous traiterons des éléments constitutifs de la discrimination dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public. Il est désormais bien établi qu'une discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise* implique la réunion des trois éléments suivants : (A) une «distinction, exclusion ou préférence», (B) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (C) qui «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne⁸. Notre exposé sur les deux premiers points se veut sommaire puisque d'autres auteurs ont déjà fort bien cerné ces

5. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15.

6. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 12 : «Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.» [*Charte québécoise*].

7. *Ibid.*, art. 15 : «Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.».

8. *Forget c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 90 [*Forget*]. Voir aussi : *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 [*Ford*]; *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790 [*Devine*]; *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 [*Bergevin*].

composantes de la discrimination, lesquelles ne posent d'ailleurs aucune difficulté particulière en matière de fourniture de biens et de services. Une plus grande attention sera accordée au troisième élément constitutif, le législateur ayant employé dans la rédaction des articles 12 et 15 plusieurs termes et expressions qui demandent à être définis. Enfin, nous nous interrogerons sur la question de savoir si l'article 10 de la *Charte québécoise* pose ou non l'exigence supplémentaire d'une atteinte à la dignité (D).

Après avoir relevé les éléments constitutifs de la discrimination dans l'accès aux biens et aux services offerts au public, nous consacrerons la seconde partie de l'étude aux limites du droit à l'égalité en cette même matière (II). Nous nous intéresserons d'abord à l'obligation d'accommodement qui incombe aux fournisseurs de biens et de services (A). Nous étudierons sa portée et quelques-unes de ses manifestations, notamment en matière de logement, d'accès à un commerce et d'éducation. Nous traiterons, ensuite, plus amplement de la notion de contrainte excessive (B). Nous débuterons par une revue des facteurs pris en compte par les tribunaux pour déterminer si une mesure d'accommodement constitue une contrainte excessive pour le fournisseur de biens ou de services. Puis, nous étudierons le résultat de l'application de ces critères en matière de loisirs, de soins médicaux et de louage résidentiel. Par la suite, nous examinerons quelques arguments souvent soulevés par les fournisseurs de biens ou de services à qui un comportement discriminatoire est reproché, mais auxquels les tribunaux refusent invariablement d'accorder du poids (C). Enfin, nous discuterons de l'argument selon lequel le besoin des minorités de se regrouper peut justifier la discrimination en certaines circonstances (D).

I. La protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services

«Le mouvement qui a été à l'origine de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* était porteur d'une

importante quête d'égalité.»⁹ Le deuxième considérant de son préambule¹⁰ identifie d'ailleurs la protection de l'égalité comme l'un des objectifs principaux de la Charte¹¹. La protection de l'égalité proprement dite est, au surplus, prévue à l'article 10 :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.¹²

En dépit de toute l'importance qu'il lui accorde, le législateur n'a pas choisi d'accorder au droit à l'égalité une protection absolue. Ainsi, pour qu'il y ait discrimination illicite au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il faut pouvoir démontrer :

-
9. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, (Étude no 2), Muriel Garon et Pierre Bosset, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003 à la p. 61.
 10. *Charte québécoise*, préambule : «Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi».
 11. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665 au para. 34 : «Nous trouvons dans ce préambule une indication que l'objectif poursuivi par la Charte est la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination.» [*Boisbriand*].
 12. *Charte québécoise*, art. 10.

[A] qu'il existe une "distinction, exclusion ou préférence",
[B] que cette "distinction, exclusion ou préférence" est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la Charte québécoise, et
[C] que la "distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre" le "droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne".¹³

S'inspirant de l'approche retenue par la Cour suprême du Canada dans l'application de la garantie d'égalité prévue à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴, les tribunaux québécois posent parfois l'exigence supplémentaire d'une atteinte à la dignité (D)¹⁵.

A. La présence d'une différence de traitement

S'il est un point sur lequel presque tout le monde s'entend au sujet du droit à l'égalité, c'est qu'il s'agit d'un concept comparatif¹⁶. »Si tout le monde est mal traité, sans distinction de race, de sexe ou de religion, on pourra peut-être se plaindre du caractère injuste ou inadéquat de ce traitement, mais non de son caractère discriminatoire.»¹⁷ «Ainsi, toute allégation de discrimination requiert une analyse comparative pour déterminer

13. *Bergevin*, *supra* note 8 à la p. 538. Voir aussi : *Forget*, *supra* note 8; *Ford*, *supra* note 8; *Devine*, *supra* note 8.

14. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law].

15. *Québec (P.G.) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.) [Lambert]; *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.) [Amselem]; *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392 (C.A.) [Sylvestre].

16. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [Andrews]; Michelle Boivin, «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité», (2004) 45 C. de D. 327 à la p. 329. [Boivin, «Besoin»] Voir cependant : Sophia Reibetanz Moreau, «Equality Rights and the Relevance of Comparator», (2006) 5 J.L. & Equality 81.

17. Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles», (mars 2003) Numéro spécial R. du B. 485 à la p. 514 [Proulx, «Dignité»].

si le traitement réservé au demandeur est, en fait, différent de celui accordé aux «autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité», «dans le contexte socio-économique où la question est soulevée».»¹⁸

En prohibant toute «distinction, exclusion ou préférence», l'article 10 laisse entrevoir à quel point la différence de traitement peut prendre des formes variées. Dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public, elle consiste souvent en un refus de prestation. On pense, par exemple, au locateur qui refuse de louer un logement à une personne au motif qu'elle est d'origine arabe¹⁹, prestataire d'aide sociale²⁰, parent²¹, enceinte²², homosexuelle²³, handicapée²⁴ ou

-
18. Christian Brunelle, «Les droits et libertés dans le contexte civil», dans Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 à la p. 54 [Brunelle, «Droits et libertés»] [Citations omises].
 19. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Quévillon* (8 avril 1999), Terrebonne 700-53-000004-980, J.E. 99-909 (T.D.P.Q.).
 20. *Whittom c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1997] R.J.Q. 1823 (C.A.) [Whittom]; *Commission des droits de la personne c. J.M. Brouillette inc.* (22 avril 1994), Joliette 705-53-000001-936, J.E. 94-801 (T.D.P.Q.) [Brouillette]; *Commission des droits de la personne c. Gauthier*, [1994] R.J.Q. 253 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Briand* (6 mai 1997), Québec 200-53-000003-967, J.E. 97-1477 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Latreille* (27 avril 2000), Laval 540-53-000012-991, J.E. 2000-1082 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lauréat Richard inc.* (24 avril 2001), St-François 450-53-000002-002, J.E. 2001-1251, (T.D.P.Q.) [Lauréat Richard]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois* (27 août 2001), Montréal 500-53-000149-003, J.E. 2001-1792 (T.D.P.Q.) [Fondation Abbé]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Huong* (1er mars 2005), Montréal 500-53-000200-038, J.E. 2005-609 (T.D.P.Q.) [Huong]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bernier* (10 janvier 2005), Laval 540-53-000020-044 J.E. 2005-335 (T.D.P.Q.) [Bernier].
 21. *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.) [Desroches]; *Québec (Commission des droits de la*

jugée trop jeune²⁵, à l'hôtelier qui refuse de louer une chambre à une personne qui se déplace en fauteuil roulant²⁶, au restaurateur

personne et des droits de la jeunesse) c. *Thi Van*, [2001] R.J.Q. 2039 (T.D.P.Q.) [*Thi Van*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bastien* (16 octobre 2003), Terrebonne 700-53-000002-026, J.E. 2003-2235 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Jacques* (15 juin 2004), Montréal 500-53-000193-035, J.E. 2004-1520 (T.D.P.Q.) [*Jacques*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Poirier* (15 avril 2004), Longueuil 505-53-000009-032, J.E. 2004-1016 (T.D.P.Q.) [*Poirier*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Grandmont* (14 décembre 2006), Trois-Rivières 400-53-000008-061, J.E. 2007-161 (T.D.P.Q.) [*Grandmont*]. Notons qu'en cette matière, l'article 1899 du *Code civil du Québec* trouve aussi application : «Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement.

Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition.» (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.]).

22. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bergeron* (15 janvier 2002), Alma 160-53-000002-015, J.E. 2002-406 (T.D.P.Q.) [*Bergeron*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. 9020-6376 *Québec inc.* (4 octobre 2006), Trois-Rivières 400-53-000007-055, J.E. 2006-2183 (T.D.P.Q.). Dans une telle situation, l'aspirante locataire jouit également d'une protection prévue à l'article 1899 C.c.Q., *ibid.*
23. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Martin* (2 juin 1997), Kamouraska 250-53-000001-966, J.E. 97-1476 (T.D.P.Q.).
24. *Commission des droits de la personne du Québec* c. *Poirier* (9 décembre 1992), Longueuil 505-53-000003-928, J.E. 93-286 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-000043-935 (13 janvier 1993). Pour un exemple plus récent tiré de la jurisprudence de la Colombie-Britannique, voir la décision *McDonald* c. *Schuster Real Estate Co.*, [2005] B.C.H.R.T.D. no. 177, où un propriétaire a été condamné au paiement de dommages-intérêts pour avoir refusé de louer un logement à une personne parce qu'elle avait le sida.
25. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Maurice* (27 juin 2003), Laval 540-53-000016-034, J.E. 2003-1561 (T.D.P.Q.) [*Maurice*]; *Québec (Commission des droits de la*

qui interdit l'accès de son établissement aux familles avec de jeunes enfants²⁷ ou encore au commerçant qui prie la personne assistée d'un chien-guide²⁸ ou la femme qui allaite son enfant de quitter son établissement²⁹.

Si certains affichent clairement leur politique d'exclusion, la plupart des fournisseurs de biens ou de services ont plutôt le réflexe d'employer des moyens détournés pour décourager la clientèle jugée indésirable. La jurisprudence du Tribunal des droits de la personne en fait foi. Les propriétaires de logements sont capables de beaucoup d'imagination lorsqu'un aspirant locataire ne leur plaît pas : «le logement est déjà loué, ils possèdent une longue liste d'autres candidatures, ils ne peuvent faire visiter le logement parce qu'ils n'ont pas la clef, etc.»³⁰.

Outre le refus de fournir le bien ou le service pourtant généralement offert au public, la différence de traitement peut consister en l'imposition aux membres d'un groupe protégé par la Charte des conditions ou des restrictions qui diffèrent de celles offertes au public en général³¹. Des propriétaires de logements ont,

personne et des droits de la jeunesse) c. *Lacombe* (16 mai 2003), Longueuil 505-53-000004-025, J.E. 2003-1464 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Gagné* (25 février 2003), Longueuil 505-53-000003-027, J.E. 2003-496 (T.D.P.Q.) [*Gagné*].

26. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Hôtel Villa de France* (26 février 1998), Montréal 500-53-000073-971, J.E. 98-796 (T.D.P.Q.) [*Villa de France*].

27. *Commission des droits de la personne* c. *Bizouarn* (21 novembre 1995), Terrebonne 700-53-000001-952, J.E. 96-144 (T.D.P.Q.) [*Bizouarn*].

28. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Roi du dollar et plus* (18 février 2003), Montréal 500-53-000159-010, J.E. 2003-684 (T.D.P.Q.) [*Roi du dollar*].

29. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Lee (Meubles Accents)*, [2005] R.J.Q. 2807 (T.D.P.Q.).

30. *Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Pauvreté et droit à l'égalité dans le logement : une approche systémique*, Québec, Commission des droits de la personne, 1997 à la p. 17 [*Commission, «Pauvreté»*].

31. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Sinatra*, [2000] J.L. 45 (T.D.P.Q.) [*Sinatra*].

ainsi, fait l'objet de condamnations pour avoir établi à l'égard des prestataires d'aide sociale une ligne de conduite différente de celle adoptée à l'égard des autres clients, que ce soit en exigeant d'eux des garanties supplémentaires³² ou en leur refusant l'accès aux logements de meilleure qualité³³.

Enfin, la différence de traitement peut aussi résulter du maintien d'une condition habituelle d'accès à un bien ou à un service qui s'avère impossible ou plus difficile à remplir pour les membres d'un groupe protégé par la Charte. Les faits de l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs*³⁴ l'illustrent bien. Saisi du litige, le Tribunal des droits de la personne a conclu que la défenderesse avait fait preuve de discrimination en refusant d'adapter la grille d'évaluation d'un cours d'agent de voyage pour tenir compte du handicap d'un étudiant bègue. La grille d'évaluation était une règle en apparence neutre, mais parce qu'elle accordait une grande importance à la communication verbale, son application sans adaptation aurait nécessairement signifié l'échec de l'étudiant. Dans les circonstances, la Commission scolaire se devait d'accommoder l'étudiant en modifiant le nombre de manquements tolérés à l'égard des objectifs de son évaluation.

En terminant, rappelons qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe concerné fassent l'objet d'un traitement différent pour qu'il y ait discrimination. Énoncé par la Cour suprême du Canada alors qu'elle avait à décider d'un litige en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba³⁵, le principe a été repris par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Desroches*³⁶, une affaire qui portait sur la légalité d'une politique

32. *Fondation Abbé*, *supra* note 20.

33. *Brouillette*, *supra* note 20.

34. (5 mai 1999), Hull 550-53-000005-986, J.E. 99-1061 (T.D.P.Q.) [*Draveurs*].

35. *Janzen c. Platy enterprises ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. Voir aussi : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566.

36. *Desroches*, *supra* note 21.

adoptée par le propriétaire d'un immeuble locatif qui souhaitait limiter à deux le nombre d'occupants par logement. Concluant que la politique avait un effet discriminatoire à l'endroit des enfants, la Cour a précisé que : «Indirect discrimination exists even if not **everyone** in a distinct class is treated in the same discriminatory manner. Accordingly, the mere fact that there were children living in Appellant's building does not, in itself, disprove a claim of indirect discrimination.»³⁷

B. Le fondement de la différence de traitement

Nous l'avons vu, la garantie d'égalité conférée par la *Charte québécoise* n'est pas absolue. Pour être discriminatoire, un traitement différent doit nécessairement être «fondé sur» l'un des motifs exhaustivement énumérés à l'article 10³⁸. Ces motifs sont «la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.»³⁹

Si certains motifs visés par l'article 10 ont parfois posé un problème de définition, force est de constater que la principale difficulté concerne la nature du lien qui doit exister entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination. À ce sujet, la jurisprudence demeure partagée. D'un côté, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec exigent que le motif illicite de discrimination soit la «cause efficiente» de la différence de traitement⁴⁰. Empruntée au droit civil, «la notion de

37. *Ibid.* à la p. 1550.

38. *Modes Cohoes Inc. c. Québec (P.G.)*, [1993] R.J.Q. 2801 à la p. 2806 (C.A.); *Ruel c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, [2001] R.J.Q. 2590 au para. 128. (C.A.).

39. *Charte québécoise*, art. 10.

40. *Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Boisbriand*, *supra* note 11; *B. c. Ontario*, [2002] 3 R.C.S. 403 [*B. c. Ontario*]; *Compagnie minière Québec-Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)* (7 décembre 1998), Québec 200-09-000495-942, J.E. 99-211 (C.A.).

causalité efficiente s'entend comme la cause qui a eu «un rôle prépondérant dans la réalisation du préjudice», comme la cause génératrice, la cause déterminante.»⁴¹ D'un autre côté, le Tribunal des droits de la personne requiert simplement que le motif prohibé ait eu une «influence»⁴², un «effet quelconque»⁴³ sur la décision prise.

Clairement, le critère adopté par le Tribunal des droits de la personne est davantage conforme au texte, à l'esprit et aux objectifs de la Charte que celui retenu par les tribunaux supérieurs⁴⁴. D'une part, en prohibant toutes distinctions «fondées sur» l'un des motifs énumérés, l'article 10 n'énonce «pas que le

-
41. Louise Langevin, «Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination : une difficile intégration», (1996) 22 *Queen's L.J.* 51 à la p. 63 [Langevin, «Causalité»] [renvois omis].
42. *Sinatra*, *supra* note 31; *Gagné*, *supra* note 25; *Jacques*, *supra* note 21; *Poirier*, *supra* note 21; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Poulin* (10 février 2004), *Beauharnois* 760-53-000001-030, J.E. 2004-719 (T.D.P.Q.); *Huong*, *supra* note 20; *Bernier*, *supra* note 20.
43. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Collège Mérici*, [1990] R.J.Q. 604 (C.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Immeubles Ni/Dia inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Petite-Rivière-St-François (Municipalité de)*, [1993] R.J.Q. 2279 (T.D.P.Q.); *Lauréat Richard*, *supra* note 20. Notons que la jurisprudence de la Cour fédérale d'appel est au même effet : *Lang c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, 91T-881 (C.F.A.).
44. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 à la p. 1112 [Brun, «Constitutionnel»]; Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La dynamique juridique de la Charte*, (Étude no 6), Michel Coutu et Pierre Bosset), Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, 246 à la p. 275 [Commission, «Dynamique»]; Sylvie Gagnon, «Quelques observations critiques sur le droit à une réparation en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*», dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 261 aux pp. 284-286 [Gagnon, «Réparation»]; Langevin, «Causalité», *supra* note 41; Hailou Wolde-Giorghis, «Le fardeau de la preuve en matière de discrimination», (1987) 21 R.J.T. 169 à la p. 193.

critère illicite doit avoir à lui seul déterminé l'acte discriminatoire⁴⁵, ni même qu'il doit avoir joué un rôle déterminant dans sa réalisation. En fait, l'article 10 de la *Charte québécoise* n'exige pas tant un «lien de causalité» qu'une «corrélation»⁴⁶ entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination. D'autre part, un critère voulant qu'il n'y ait discrimination que si la distinction interdite est la cause efficiente de l'acte contesté est tout simplement inconciliable avec la doctrine admise de la discrimination indirecte⁴⁷.

Le lien entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination doit être établi selon la prépondérance des probabilités⁴⁸. Cette preuve peut être faite par présomption⁴⁹, mais «des hypothèses ou de simples possibilités»⁵⁰ ne sauraient suffire. Il faut, en effet, éviter de considérer la seule démonstration d'une caractéristique énumérée à l'article 10 comme équivalant à celle d'une corrélation entre cette caractéristique et l'acte litigieux. En interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'âge, le sexe ou tout autre critère interdit, la Charte n'a pas pour autant aboli le droit de refuser de contracter avec des gens présentant, incidemment, l'une ou l'autre de ces caractéristiques personnelles⁵¹. Ce que la Charte exige, c'est qu'aucune distinction, exclusion ou préférence ne repose sur l'un ou l'autre de ces

45. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Notion de discrimination : analyse de la notion de discrimination contenue dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1980 à la p. 21.

46. Langevin, «Causalité», *supra* note 41 à la p. 76.

47. Brun, «Constitutionnel», *supra* note 44 à la p. 1112.

48. Daniel Proulx, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 à la p. 16.

49. Commission des droits de la personne du Québec et De Longchamp c. Ministère de la Justice du Québec, (1995) 22 C.H.R.R. D/519 (T.D.P.Q.); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Construction Robert Godard inc. (2 juillet 2002), Terrebonne 700-53-000003-016, J.E. 2002-1470 (T.D.P.Q.) [Godard].

50. Québec (Commission des droits de la personne) c. L'Homme, J.E. 81-41 (C.A.) [L'Homme]; Godard, *ibid.*

51. Godard., *ibid.*

critères interdits⁵². En d'autres termes, dans la mesure où toutes les conditions nécessaires à la conclusion d'un acte juridique ne sont pas remplies, nul ne saurait être tenu de contracter et le fait que le cocontractant potentiel possède l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles énumérées à l'article 10 ne modifie en rien cette règle⁵³. Par exemple, en matière de logement, l'interdiction de discriminer sur la base de la condition sociale ne prive en rien le locateur de son droit de ne pas louer à un locataire potentiel manifestement incapable de payer⁵⁴ ou qui refuse «de fournir les informations utiles, pertinentes et raisonnables à la conclusion d'un bail»⁵⁵.

C. L'atteinte à un droit ou à une liberté protégés

Pour être discriminatoire au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*, une distinction, exclusion ou préférence doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

«[P]ar les mots «détruire ou compromettre ce droit», le troisième élément de l'article 10 pose l'exigence d'un préjudice.»⁵⁶ La distinction doit avoir pour effet d'imposer à l'individu concerné «des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.»⁵⁷ Un auteur a déjà donné l'exemple des toilettes publiques séparées sur la base du sexe pour démontrer qu'une distinction fondée sur un motif mentionné à l'article 10 n'est pas discriminatoire lorsqu'il n'en résulte aucun préjudice réel⁵⁸. Le

52. *Ibid.*; Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Habitations communautaires de Côte-des-Neiges (7 mars 2007), Montréal 500-53-000228-054, J.E. 2007-722 (T.D.P.Q.).

53. Lauréat Richard, *supra* note 20; Godard, *ibid.*

54. Whittom, *supra* note 20.

55. Lauréat Richard, *supra* note 20 au para. 30.

56. Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 516.

57. Andrews, *supra* note 16 à la p. 174.

58. Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 517.

principe vaut aussi pour les salles de douches publiques et les dortoirs⁵⁹. Pour donner un exemple plus près de notre sujet d'étude, il nous semble qu'un centre de conditionnement physique ne fait pas une distinction préjudiciable en réservant aux femmes certaines de ses salles d'entraînement. Notre opinion est, cependant, différente en ce qui a trait aux centres de conditionnement physique qui, plutôt que de répartir l'espace entre les personnes des deux sexes, optent pour une clientèle exclusivement féminine. Nous y reviendrons.

En plus de la démonstration d'un préjudice, le troisième et dernier élément de l'article 10 pose l'exigence d'un rattachement à une autre disposition de la *Charte québécoise*. De fait, l'article 10 de la *Charte québécoise* «proclame le droit à l'égalité mais uniquement dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garantis. Aussi, une personne ne peut fonder un recours sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 10 en tant que droit indépendant.»⁶⁰ En matière d'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public, l'article 10 doit être combiné à l'article 12 ou 15 :

12. Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.

15. Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping

59. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Fédération québécoise de hockey sur glace Inc.*, [1978] C.S. 1076 [*Fédération québécoise*].

60. *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 au para. 430. Le professeur David Robitaille fait remarquer avec justesse que lorsque combiné à l'un des articles 11 à 18 ou à l'article 19 de la Charte, l'article 10 constitue une norme d'égalité indépendante des autres droits et libertés de la personne (David Robitaille, «Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts «fondateurs» qui méritent d'être mieux connus», (2004) 35 R.D.U.S. 103 aux pp. 117-119) [Robitaille, «Non-indépendance»].

et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.

Il importe maintenant de déterminer la portée de chacune de ces dispositions.

1. Le droit à l'égalité dans la conclusion d'un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public

À l'instar des dispositions analogues adoptées par les assemblées législatives des autres provinces canadiennes⁶¹, l'article 12 «vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.»⁶² Vu l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner aux lois visant la protection des droits de la personne⁶³, les tribunaux font peu de cas des différences de formulation observables entre les libellés des diverses lois provinciales sur les droits de la personne⁶⁴. «[U]ne interprétation libérale et généreuse d'une législation sur les droits de la personne ne permet toutefois pas de faire abstraction

61. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 1; *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 13; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, art. 5; *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, art. 2; *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 4; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 8; *Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, c. H-14, art. 6; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, c. H-11, art. 5; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c. 116, art. 9; *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18, art. 11; *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, art. 12. Au fédéral, voir aussi la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 5.

62. *Canada (P.G.) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 à la p. 398 (C.A.) [Rosin].

63. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 à la p. 370 [Berg]; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 [Gould]; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin]; *Boisbriand*, *supra* note 11; *B. c. Ontario*, *supra* note 40; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513 au para. 33.

64. *Berg*, *ibid.*

des termes restrictifs d'une loi.»⁶⁵ Dans cette optique, il paraît utile de préciser la portée des différents concepts employés par le législateur dans la rédaction de l'article 12.

a) La notion d' «acte juridique»

Le libellé de l'article 12 précise que la disposition vise à interdire la discrimination dans la conclusion d'un «acte juridique». Une telle formulation est susceptible de limiter la protection offerte par la disposition d'au moins deux façons.

Des auteurs ont, d'abord, craint qu'une interprétation littérale de la disposition ne vienne limiter l'interdiction de la discrimination à la seule étape de la «conclusion d'un contrat», laissant ainsi le public sans protection au stade de l'obtention des services découlant de l'acte juridique⁶⁶. Dans un litige opposant une institution d'enseignement à un étudiant handicapé qui se disait victime de discrimination au stade de l'évaluation des connaissances acquises, le Tribunal des droits de la personne a fait observer qu'une telle interprétation aurait pour effet de priver l'article 12 de tout effet utile :

Le fait que cette exclusion se produirait après qu'il ait été admis à suivre le cours, ne change rien à sa nature

65. Québec, Commission des droits de la personne du Québec, *L'article 12 de la Charte des droits et libertés de la personne: l'interdiction de discriminer en matière de biens et services ordinairement offerts au public*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1996 à la p. 14 [Commission, «Article 12»]. Voir aussi : *Gould*, *supra* note 63 au para. 50 : «Les termes de la Loi doivent certes être interprétés généreusement, mais sans qu'il soit pour autant permis de récrire la Loi.»; Donna Greschner, «Why *Chambers* is wrong: a purposive interpretation of «offered to the public»», (1988) 52 Sask. L. Rev. 161 à la p. 176 : «The purposive approach does not ignore the words of the legislation. A broad interpretation is one which the words can bear, as seen in the light of the law's purposes. The interpretative quest pays attention to the words because its mission is to give meaning to those words. What purposive method recognizes is that meaning is derived from context and purposes.» [Greschner, «Chambers»].

66. Commission, «Article 12», *ibid.* aux pp. 15-16.

discriminatoire. Dans **Berg**, la Cour suprême du Canada souligne que la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission d'un étudiant et celle exercée dans la fourniture de services envers l'étudiant déjà admis, n'est pas convaincante.

Cette distinction est contraire à l'objet des lois en matière de droits et libertés de la personne. Si elle était retenue, elle permettrait à une institution de contrecarrer l'objet de la *Charte* en admettant des étudiants sans faire de discrimination pour ensuite leur refuser l'accès aux services requis pour donner un sens à leur admission.⁶⁷

[Renvoi omis]

En se prononçant en faveur de son applicabilité à toutes les étapes de la relation contractuelle, le Tribunal des droits de la personne n'a pas mis fin aux débats entourant l'article 12 de la *Charte québécoise*. De fait, encore fallait-il définir ce qu'est un «acte juridique» au sens de cette disposition.

En droit civil, l'acte juridique se définit comme «toute manifestation de volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit. Il est fondé sur la puissance de la volonté individuelle, créatrice de droits et d'obligations.»⁶⁸ La notion doit-elle recevoir la même interprétation dans le contexte de l'article 12 de la *Charte québécoise*? La question a son importance; en y répondant par l'affirmative, on exclut du champ d'application de la disposition tous les services offerts par l'administration publique en application d'une loi plutôt que par le fait de sa propre volonté. L'accès en pleine égalité aux prestations d'aide

67. *Draveurs*, *supra* note 34 aux para. 24-25. Sur la même question, voir aussi : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

68. Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 au para. 44. Voir aussi : Vincent Karim, *Les obligations*, 2e éd., vol.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, art. 1372; Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 au para. 53.

sociale, aux allocations familiales, aux prêts et bourses destinés aux étudiants, aux régimes publics de retraite, d'assurance et de rente et à bien d'autres services ordinairement offerts au public ne serait donc pas garanti.

Considérant les objectifs de la *Charte québécoise* et sa primauté sur les autres lois, les tribunaux ont d'abord semblé vouloir donner une interprétation élargie à la notion d'acte juridique. Dans une affaire concernant le versement d'une indemnité de remplacement de revenu par la Société de l'assurance automobile du Québec, la Cour supérieure a renversé une décision du Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.) qui avait retenu la conception civiliste de l'acte juridique :

En un mot, restreindre la notion d'acte juridique à un concept contractuel, bilatéral ou unilatéral, dans son sens traditionnel aurait pour effet d'enlever à l'ensemble de la population sa garantie d'être protégé contre toute discrimination émanant du législateur ou d'un des organismes chargés d'appliquer sa loi.

Adopter l'analyse réductrice du Procureur général du Québec limiterait la protection de la Charte qu'aux seuls individus qui contractent avec l'État et ne tiendrait pas compte de l'esprit de l'article 52 qui assure la suprématie de la Charte sur toute autre loi.

Pour ces motifs, nous rejetons la prétention du Procureur général du Québec quant à l'inapplicabilité des articles 12 et 13 à la présente cause.⁶⁹

Cette décision de la Cour supérieure a à son tour été cassée en appel. Si la Cour d'appel s'est montrée peu volubile dans ses motifs⁷⁰, l'occasion lui a rapidement été donnée de préciser sa pensée. De fait, dans l'affaire *Bertrand*, un autre litige concernant

69. *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2001] R.J.Q. 1788 aux para. 104-106 (C.S.) [*Champagne*].

70. *Champagne c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] J.Q. (Quicklaw) no. 13948 (C.A.).

le versement d'une indemnité, la Cour a explicitement choisi de transposer, en matière de discrimination, la définition donnée en droit civil à la notion d'acte juridique : «I agree with the trial judge that the phrase «make a juridical act» in s. 12 of the Quebec Charter refers to the civil law concept of a juridical act. Such an act is the manifestation of the will of a person to create or modify obligations, such as entering into a contract or making a will.»⁷¹

Avec égard, il nous semble que la Cour d'appel a coupé un peu court en adhérant aux arguments de texte qui lui étaient soumis et, surtout, en reprenant à son compte ce raisonnement du T.A.Q. : «[s]i, dans la Charte, le législateur voulait déroger au concept d'acte juridique traditionnellement retenu, il devait l'indiquer»⁷². C'est oublier bien vite la position hiérarchiquement plus élevée de la Charte par rapport au Code⁷³. Si les dispositions du Code doivent être conformes à la Charte, il faut à l'inverse éviter le développement de ce que l'on pourrait appeler une interprétation de la Charte «conforme à la loi»⁷⁴. La Disposition préliminaire du Code civil prévoit d'ailleurs que c'est ce dernier qui doit s'interpréter «en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*»⁷⁵, et non le contraire⁷⁶. Le rapport de

71. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (P.G.)*, [2006] R.J.Q. 2706 à la p. 2718 (C.A.).

72. *Ibid.*

73. *Charte québécoise*, art. 52.

74. Sur l'utilisation de textes infra-constitutionnels dans l'interprétation de textes constitutionnels, voir Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 à la p. 270 : «Pour l'interprétation systématique des droits fondamentaux en particulier, il convient d'éviter de remplir directement le programme normatif du droit fondamental au moyen des champs normatifs et programmes normatifs de prescriptions infra-constitutionnelles.».

75. C.c.Q., Disposition préliminaire: «Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.».

subordination entre la Charte et le Code commande donc de procéder à une redéfinition des concepts civilistes qui tiennent compte de l'objet de la *Charte québécoise*⁷⁷, et ce, à plus forte raison lorsque des notions de droit civil sont utilisées dans le texte même de la Charte⁷⁸.

La façon dont la Cour d'appel a procédé est d'autant plus regrettable que l'interprétation retenue fait en sorte que la *Charte québécoise* offre une protection moindre que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁷⁹ et les lois anti-discrimination en vigueur dans les autres provinces canadiennes⁸⁰. Un tel résultat paraît «bizarre»⁸¹, surtout que la *Charte québécoise* est reconnue pour offrir une protection «d'une ampleur inégalée»⁸², et ce, même en matière d'égalité :

76. Gagnon, «Réparation», *supra* note 44 à la p. 272.

77. Pierre-Gabriel Jobin, «Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux», dans *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, 357 à la p. 371; Gagnon, «Réparation», *supra* note 44 à la p. 274 et s.

78. Bertrand Mathieu, «Droit constitutionnel civil», dans *Juris-classeurs Administratif*, fascicule 1449, Paris, Éditions Techniques, 1993, à la p. 8.

79. De fait, la Cour fédérale d'appel a reconnu que la fourniture de prestations d'assurance-chômage en vertu d'une loi peut être considérée comme un service destiné au public au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une disposition analogue à l'article 12 de la Charte québécoise (*Canada (P.G.) c. Druken*, (1989) 2 C.F. 24 (C.A.)).

80. Hélène Tessier, «Les articles 12 et 13 de la Charte, ces méconnus : quand le droit privé rencontre le droit public», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 142, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 119 aux pp. 136 et 137 [Tessier, «Articles 12 et 13»].

81. *Ibid.*, citée avec approbation par la Cour supérieure dans *Champagne*, *supra* note 69.

82. André Morel, «La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 R.J.T. 1 à la p. 16; André Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, vol. 45, *Développements récents en droit administratif (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65 à la p. 66 [Morel, «Originalité»]. Pour des textes plus récents, voir : Pierre Bosset, «La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : «acte fondateur» ou «loi ordinaire» ?» *Bulletin*

Bien plus et sur la même lancée, la *Charte québécoise* ne se limite pas à interdire les actes discriminatoires dans certains secteurs, tels que l'emploi, le logement, la publicité, l'accès aux lieux publics ou la fourniture de biens et de services, comme le font les *Human Rights Acts*. Elle étend l'application de la norme d'égalité bien au-delà, en garantissant à tous la reconnaissance et l'exercice, sans discrimination, de chacun des droits et de chacune des libertés de la personne, qu'il s'agisse des libertés et des droits fondamentaux, des droits judiciaires ou même des droits économiques et sociaux. Si l'on ajoute à cela les critères de distinction considérés comme illicites et dont la variété n'a guère d'équivalent ailleurs, la *Charte québécoise*, même dans un domaine comme la discrimination que réglementent aussi tant la législation fédérale que celle des autres provinces et des territoires, est marquée au coin d'une réelle originalité que l'on a eu tendance parfois à oublier.⁸³

[Renvois omis]

En somme, il conviendrait selon nous que la Cour suprême du Canada vienne clarifier la situation et confirmer l'applicabilité de l'article 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* aux services ordinairement offerts au public en application d'une loi.

b) Les notions de «biens» et de «services»

La garantie d'égalité prévue à l'article 12 de la *Charte québécoise* vise les biens et les services ordinairement offerts au public. Son champ d'application dépend donc de la définition donnée aux termes «biens» et «services» et de ce que l'on entend par «ordinairement offerts au public».

La notion de «bien» a fait couler peu d'encre. Il semble qu'elle soit de texture ouverte et qu'elle comprenne «toute chose

québécois de droit constitutionnel no 1 (hiver 2006) 3 à la p. 11; Commission, «Dynamique», *supra* note 44 à la p. 271.

83. Morel, «Originalité», *ibid.* aux pp. 66 et 67.

matérielle susceptible d'appropriation et tout droit faisant partie du patrimoine»⁸⁴. Les logements sont sans contredit les biens qui donnent le plus souvent lieu à l'application de l'article 12 de la Charte⁸⁵.

Quant à la notion de «service», la Cour suprême du Canada en a précisé la portée en 1979 dans l'arrêt *Gay Alliance*⁸⁶, rendu en application de la loi anti-discrimination de la Colombie-Britannique. À cette occasion, le terme a été défini comme renvoyant «aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics»⁸⁷. Il semble toutefois maintenant acquis que cette énumération était indicative, mais non exhaustive⁸⁸ et que la notion de «service» doit être interprétée largement⁸⁹. De fait, une foule d'activités telles que l'octroi de permis⁹⁰, de prestations d'assistance sociale⁹¹ ou d'indemnités aux travailleurs⁹² et les services d'enseignement⁹³ ont été reconnues comme des services au sens des différentes lois anti-discrimination en vigueur dans les provinces autres que le Québec.

Au Québec, la situation diffère quelque peu puisque, comme nous l'avons vu, la notion d'acte juridique, ou plutôt

84. Commission, «Article 12», *supra* note 65 aux pp. 7-8.

85. Tessier, «Articles 12 et 13», *supra* note 80 à la p. 125.

86. *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.

87. *Ibid.* à la p. 455.

88. *Re : Ontario H.R.C. c. Ontario Rural Softball Ass.*, (1980) 26 O.R. (2d) 134 (C.A.) (J. Wilson, dissident); *O'Quinn v. Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, (1995) 131 D.L.R. (4e) 31 (NSCA) [O'Quinn].

89. Commission, «Article 12», *supra* note 65 à la p. 15; Tessier, «Articles 12 et 13», *supra* note 80 à la p. 133.

90. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 [Grismer]; *McLoughlin c. British Columbia*, (1999) 36 C.H.R.R. D/307 (BCCoUnHumRts).

91. *Re : Sask. Human Rights Com'n and Dept. Of Social Services*, (1988) 52 D.L.R. (4th) 253 (Sask. C.A.).

92. *O'Quinn*, *supra* note 88.

93. *Berg*, *supra* note 63; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

l'interprétation qui en a été retenue, restreint la liste des services susceptibles d'entraîner l'application de l'article 12. Outre les services financiers⁹⁴, d'hôtellerie⁹⁵ et de loisirs⁹⁶ et le commerce de détail⁹⁷, les tribunaux ont reconnu les services fournis dans les milieux scolaires et d'enseignement⁹⁸ et en matière de santé⁹⁹ comme faisant partie de ceux visés par la disposition. L'octroi de permis de conduire a aussi déjà été classé dans cette catégorie¹⁰⁰, mais encore là, l'interprétation restrictive de la notion d'acte juridique adoptée récemment par la Cour d'appel pourrait venir changer la donne¹⁰¹.

c) La nature publique du bien ou du service

Pour que la discrimination soit interdite par l'article 12, les biens et les services doivent être ordinairement offerts au public. L'adverbe «ordinairement» doit être entendu dans son sens

-
94. *D'Aoust c. Vallières* (19 novembre 1993), Hull 550-53-000002-926, J.E. 94-85 (T.D.P.Q.) [*D'Aoust*].
95. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lambert* (10 août 2000), St-François 450-53-000002-994, J.E. 2000-1660 (T.D.P.Q.).
96. *Fédération hockey*, *supra* note 59.
97. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Emergency Car Rental Inc.*, [1980] C.P. 121; *Sejko c. Gabriel Aubé inc.*, [1999] R.R.A. 784 (C.Q.).
98. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Corp. du Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.) [*Collège Notre-Dame*]; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] R.J.Q. 929 (T.D.P.) [*Chauveau*], appel accueilli pour d'autres motifs : [1994] R.J.Q. 1196 (C.A.); *Draveurs*, *supra* note 34; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Collège Montmorency*, [2004] R.J.Q. 1381 (T.D.P.Q.).
99. *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.); *D'Aoust*, *supra* note 94; *Québec (Commission des droits de la personne) c. G. (G.)*, [1995] 1 R.J.Q. 1601 (T.D.P.Q.) [*G. (G.)*]; *Lapointe et Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.Q.) [*Lapointe*]; Bruno Guillot-Hurtubise, «Dentiste trouvé coupable de discrimination» dans *Bulletin canadien VIH, sida et droit*, vol. 1, no 4, juillet 1995.
100. *Drouin c. Régie de l'assurance automobile du Québec*, [1990] 1 R.J.Q. 899 (C.Q.) [*Drouin*].
101. *Supra* aux pp. 18-23.

courant, pour ne pas dire «ordinaire»¹⁰². Il signifie «de manière habituelle», «couramment», «généralement»,¹⁰³ Là où le travail d'interprétation est plus délicat, c'est dans la détermination de la nature publique ou privée du bien ou du service. Les tribunaux ont, d'abord, semblé s'orienter vers une approche quantitative voulant que seuls les services offerts «au public en général, par opposition à des segments ou groupes choisis ou restreints de celui-ci», soient visés par les mesures anti-discrimination¹⁰⁴. Vivement critiquée par la doctrine¹⁰⁵, cette approche a été répudiée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Berg*, et ce, au profit d'une méthode dite relationnelle :

[P]our déterminer quelles activités de l'École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l'École et ses étudiants, tandis que d'autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus.¹⁰⁶

Les critères pour déterminer si un bien ou un service crée une relation publique ont été davantage précisés dans un arrêt subséquent de la Cour :

102. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 330.

103. Commission, «Article 12», *supra* note 65 à la p. 9.

104. *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island*, (1986) 31 D.L.R. (4th) 536 (P.E.I. S.C.), tel que traduit et cité dans *Berg*, *supra* note 63.

105. Greschner, «Chambers», *supra* note 65.

106. *Berg*, *supra* note 63 à la p. 384. Pour une analyse approfondie de l'arrêt, voir : M.C. Crane, «The University and its Students – A «Very Public Relationship»: A Comment on the Decision of the Supreme Court of Canada in *University of British Columbia v. Berg*», (1993) 27 U.B.C.L. Rev. 339.

Pour vérifier si le service donne lieu à une «relation publique», les critères suivants seront tous pertinents, sans être exhaustifs, savoir la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet. Je tiens à souligner qu'aucun de ces critères n'est déterminant; par exemple, le simple fait qu'une organisation offre ou fournisse son service de façon exclusive ne met pas nécessairement ce service à l'abri des lois antidiscriminatoires. Une relation publique doit être déterminée par un examen des critères pertinents en fonction du contexte.¹⁰⁷

En définitive, le public peut comprendre «un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.»¹⁰⁸ «Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d'admissibilité, la Loi interdit d'établir des distinctions au sein de ce public.»¹⁰⁹

Si elle constitue un progrès par rapport à l'ancienne approche, la grille d'analyse de la méthode relationnelle n'en demeure pas moins d'application difficile. Certes, il semble qu'elle offre l'avantage de placer tous les biens et les services offerts par le gouvernement dans le champ d'application des dispositions anti-discrimination¹¹⁰. Le résultat de son application dans les rapports de droit privé est cependant parfois moins heureux.

107. *Gould*, *supra* note 63 au para. 68.

108. *Berg*, *supra* note 63 à la p. 386.

109. *Ibid.* à la p. 383; *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Pearson/Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961 (C.A.) [*Johnson*], autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28166 (6 septembre 2001).

110. *Rosin*, *supra* note 62; Greschner, «Chambers», *supra* note 65 à la p. 183. Rappelons qu'au Québec, il faut au surplus, comme nous l'avons vu, que le bien ou le service fasse l'objet d'un acte juridique au sens civiliste du terme.

Dans une décision rendue à sept contre deux¹¹¹, la Cour suprême du Canada a conclu que l'adhésion à une association visant la promotion et la conservation de l'histoire du Yukon n'était pas un service offert au public compte tenu du caractère plus social qu'économique de l'organisme¹¹². Or, en mettant l'accent sur la camaraderie masculine que l'organisme souhaitait privilégier et sur sa politique d'adhésion sélective, les juges de la majorité ont omis de tenir compte de son «influence énorme sur la vie, tant politique que sociale, de la collectivité» dans laquelle il se trouve¹¹³. Le résultat net est «qu'une grande partie de la population se trouve systématiquement privée du droit de participer à certaines activités sociales, politiques et économiques de la communauté»¹¹⁴.

111. Hasard ou fait révélateur, la Cour s'est partagée en fonction du sexe des juges. Voir à ce sujet : Marie-France Major, «Neuf à zéro ne suffit plus : Gould c. Yukon Order of Pioneers et la perspective féminine», (1996) 34 Osgoode Hall L.J. 271 [Major, «Perspective féminine»].

112. Se livrant à une interprétation de l'article 8 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon que l'on pourrait qualifier de «grammaticale», la Cour a considéré que la disposition prohibait la discrimination dans l'appartenance aux «organismes voués collectivement aux relations relevant du domaine de l'économie et des moyens de subsistance, mais non aux relations sociales ou culturelles» (Gould, *supra* note 63 au para. 12).

113. Major, «Perspective féminine», *supra* note 111 à la p. 285. Pour un exemple d'organisme dont le rôle politique lui confère un caractère public, voir : *Bentley v. Royal Canadian Legion Pacific Branch 60* (1996), 24 C.H.R.R. D/416 (BCCounHumRts) au para. 16 : «The Legion has a public profile which imbues the relationship between the Legion and its membership pool with a public aspect. In my view, the nature of the services and facilities provided by the Legion and the size of its membership pool establish that membership in the Legion is of a public character, and is part of a public relationship between the Legion and its membership pool. I consider it contrary to the intent of human rights legislation that access to membership in an organization with a public aspect, such as the Legion, not be subject to Section 3 of the Act. The furtherance of human rights and equality of all people would be unreasonably restricted if an organization with a public image and role such as the Legion's could restrict its membership on the discriminatory grounds that are protected in human rights legislation.».

114. Major, «Perspective féminine», *ibid.*

L'arrêt *Marine Drive Golf Club*, rendu récemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, fournit un autre exemple d'application difficile de la méthode relationnelle dans les rapports de droit privé¹¹⁵. Dans cette affaire, le tribunal devait décider s'il était discriminatoire pour un club de golf privé de réserver aux hommes l'accès à l'un de ses salons. Tenant compte du caractère plus social qu'économique du club et du processus de sélection de ses membres, la Cour a conclu que le club n'était pas assujéti à la loi anti-discrimination, tant dans le choix de ses membres que dans le contenu de ses règlements :

49 The Golf Club and its members have come together as a result of a private selection process based on attributes personal to the members. Thus, the nature of the service-provider and the service-user indicate a private, not a public, relationship. The Golf Club is closer to the "purely social" rather than "purely economic" end of the organizational spectrum. It is entitled to discriminate at the initial stage of admission to its organization. Since the *Code* does not apply at the initial stage of admission to membership, it does not apply within the private organization.

[...]

51 The Golf Club to which the appellants sought and attained membership has a selection process, a dress code, and a high financial obligation to its members. The entire structure of the Golf Club, as revealed in the evidence, forecloses any suggestion that it is a public club, but rather illustrates that the Golf Club is "private" and that the relationship between the Golf Club and its users is "private." The appellants joined the Golf Club knowing that it considered itself "private" within any definition of that concept. All members - male and female - knew upon joining that there were rules restricting access to certain areas of the clubhouse based on their genders. They joined accepting the benefits of membership and, in my

115. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3.

view, subjecting themselves to the Golf Club's restrictions.¹¹⁶

Il suffit d'imaginer qu'un club de golf tel que le Marine Drive Golf Club décide de réserver l'usage de ses équipements aux personnes de race blanche pour réaliser à quel point l'arrêt de la Cour d'appel ouvre la porte à des distinctions rétrogrades et indéfendables, même à l'intérieur d'un club qui se veut «privé». Se sentant visiblement coincée par les termes de l'article 8 du *Human Rights Code*¹¹⁷, la Cour d'appel n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter la précision suivante :

Why Marine Drive Golf Club considers it necessary, or even acceptable, to cordon off a prime part of the clubhouse and restrict its use to one gender is worthy of debate. However, what is before this Court is not a debate. The issue is whether such an action is subject to section 8 of the *Code*.¹¹⁸

Selon nous, ce n'est pas tant aux termes de la Loi qu'il faut s'en prendre qu'aux critères élaborés par la jurisprudence pour évaluer le caractère public ou non d'un bien ou d'un service. À notre avis, en reconnaissant qu'il n'était pas «sage ou pratique d'essayer d'appliquer des sanctions légales dans des cas de nature purement privée»¹¹⁹, les législateurs des différentes provinces ont entendu exclure du champ d'application des lois anti-

116. *Ibid.* à la p. 331.

117. *Supra* note 61. Le libellé de la disposition ressemble à celui de l'article 12 de la Charte québécoise :

8(1) A person must not, without a bona fide and reasonable justification,
a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or
b) discriminate against a person or class of persons regarding any accommodation, service or facility customarily available to the public because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex or sexual orientation of that person or class of persons.

118. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3 au para. 48.

119. *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), cité avec approbation dans l'arrêt *Berg*, *supra* note 63.

discrimination les relations intimes, de caractère amical ou familial, mais pas les activités organisées et structurées d'un club comptant des centaines de membres, à qui sont offerts des services de formation, de divertissement, de restauration et de réception et à qui est donnée l'occasion non seulement de faire du sport, de se détendre et de se restaurer, mais aussi, sans aucun doute, de se créer un réseau de contacts et de parler affaires. La Cour suprême ayant refusé d'entendre le pourvoi¹²⁰, il faudra attendre qu'une autre occasion lui soit donnée de préciser le poids à accorder à chacun des facteurs pertinents à la détermination du caractère public ou privé d'un service. Notons qu'au Québec, l'article 13 de la *Charte québécoise*, qui prohibe toute clause discriminatoire dans un acte juridique, aurait vraisemblablement pu faire en sorte que le litige connaisse une issue différente. C'est du moins sur la base de cette disposition que le Tribunal des droits de la personne a déjà ordonné à un club de golf de cesser une pratique discriminatoire concernant le droit d'entrée¹²¹. Sans s'inquiéter du caractère public ou privé des services offerts, on aurait pu, par ailleurs, faire valoir une discrimination dans la reconnaissance du droit à la dignité, protégé par l'article 4 de la Charte¹²².

d) La nature discrétionnaire du bien ou du service¹²³

Il arrive que l'accès à un bien ou à un service ordinairement offert au public soit assujéti au pouvoir discrétionnaire du fournisseur. On pense notamment à la liberté de contracter accordée aux professionnels de la santé. La question se pose évidemment de savoir si l'existence d'une marge de manœuvre pour le fournisseur de services met en échec la garantie offerte par l'article 12 de la Charte. S'inspirant de l'approche adoptée par la

120. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3.

121. *Quon c. Club de golf de la vallée du Richelieu Inc.*, (1994) 21 C.H.R.R. D/55 (T.D.P.Q.).

122. *Girard et Commission des droits de la personne du Québec c. Choeur Laurentien de Pointe-aux-Trembles* (7 juin 1995), Montréal 500-53-000015-949, J.E. 95-1449 (T.D.P.Q.).

123. Pour une étude plus approfondie de la question, voir Commission, «Article 12», *supra* note 65 aux pp. 16-22.

Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Berg*¹²⁴, le Tribunal des droits de la personne y a répondu par la négative :

Le pouvoir discrétionnaire ne se situe donc pas en rupture de l'expression «service ordinairement offert au public»; au contraire, son exercice doit se traduire par une démarche qui ne donne pas ouverture à des pratiques discriminatoires généralisées ou particulières.

Lorsque l'analyse des faits conduit à conclure qu'en l'absence de la caractéristique personnelle identifiable à l'un des motifs de discrimination interdite, il n'y aurait pas eu de refus, il est indéniable qu'il ne s'agit plus de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit alors d'un geste discriminatoire portant atteinte au droit de la personne «de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public». ¹²⁵

En d'autres termes, une interprétation de l'article 12 en fonction de son objet ne permet pas «l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs de distinction illicites, une fois que l'on conclut par ailleurs que les services ou les installations visés par ce pouvoir discrétionnaire relèvent de la Loi, c'est-à-dire qu'ils sont habituellement offerts au public.» ¹²⁶

2. Le droit à l'égalité dans l'accès aux moyens de transport ou aux lieux publics

L'article 15 agit dans un champ connexe à celui de l'article 12 en interdisant la discrimination dans l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics et quant aux biens et aux services qui y sont disponibles. Le législateur s'est fait plus précis en énumérant une série de lieux où la discrimination est prohibée : «les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres,

124. *Berg*, *supra* note 63.

125. *G. (G.)*, *supra* note 99 à la p. 1625; *Lapointe*, *supra* note 99.

126. *Berg*, *supra* note 63 à la p. 391.

cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning¹²⁷. Puisque cette énumération n'est pas exhaustive¹²⁸, il convient de s'interroger sur le sens à donner à l'expression «lieu public». Mais avant d'entreprendre cette réflexion, il importe de définir un autre terme susceptible de poser difficulté, le mot «accès».

a) La notion d'«accès»

Dans le contexte d'une disposition prohibant la discrimination, l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public implique l'absence d'interdiction formelle, mais aussi de barrières physiques. En d'autres termes, l'accès doit être autorisé, mais aussi physiquement possible.

Le fournisseur de transport et le propriétaire ou l'administrateur d'un lieu public doivent, d'abord, s'abstenir de refuser l'accès à leur service ou à leur établissement sur la base d'un motif prohibé de discrimination¹²⁹. Par exemple, les établissements hôteliers et les restaurants ne peuvent refuser d'accueillir en leurs murs les personnes en fauteuil roulant¹³⁰, les jeunes enfants accompagnés d'adultes¹³¹ ou les personnes transsexuelles¹³² et les bars ne peuvent choisir leur clientèle sur la

127. *Charte québécoise*, art. 15.

128. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bertrand*, [2001] R.J.Q. au para. 89. (T.D.P.Q.).

129. Mentionnons au passage que l'article 15 de la *Charte québécoise* ne paraît pas avoir pour objectif d'interdire que l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public soit subordonné au paiement d'un droit d'entrée fixé en fonction d'une caractéristique personnelle énumérée à l'article 10. Il nous semble toutefois qu'un recours pourrait alors réussir sur la base de l'article 13, sous réserve, bien sûr, des moyens de défense possibles en la matière.

130. *Commission des droits de la personne c. Restaurant Scampinata inc.* (15 juillet 1994), Laval 540-53-000002-935, J.E. 94-1297 (T.D.P.Q.) (accès à un restaurant) [*Restaurant Scampinata*]; *Villa de France*, *supra* note 26 (accès à un hôtel).

131. *Bizouarn*, *supra* note 27 (accès à un restaurant); *Lambert*, *supra* note 95 (accès à une auberge).

132. *Commission des droits de la personne c. Anglsberger*, [1982] C.P. 82 (accès à un restaurant).

base de la race ou de la couleur¹³³ ni décider d'une limite d'âge autre que celle prévue par la loi¹³⁴. De même, un terrain de camping ne saurait restreindre sa clientèle aux familles et aux couples hétérosexuels¹³⁵.

Si un organisme comme la Fondation Mira jouit d'une bonne réputation auprès de la population, l'utilisation d'un chien-guide ou d'un chien d'assistance pour pallier un handicap n'en demeure pas moins un motif fréquent d'exclusion¹³⁶. De manière constante, la jurisprudence a déclaré illégaux les refus d'accueillir ces animaux dans les taxis¹³⁷, les moyens de transport adapté¹³⁸,

-
133. *Commission des droits de la personne c. Restaurant Alexandre inc.* (15 novembre 1993), Montréal 500-53-000025-922, J.E. 94-45 (T.D.P.Q.) [*Restaurant Alexandre*], autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-002198-935 (24 janvier 1994); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2955-5158 Québec inc.* (30 août 2000), Joliette 705-53-000013-998, J.E. 2000-1871 (T.D.P.Q.) [2955-5158 Québec inc.]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 2314-4207 Québec inc. (Resto-bar Le Surf)* (8 mars 2007), Longueuil 505-53-000001-062, J.E. 2007-723 (T.D.P.Q.) [*Le Surf*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Blais* (8 mars 2007), Mingan 650-53-000007-063, J.E. 2007-973 (T.D.P.Q.) [*Blais*], autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 200-09-005932-071 (1er mai 2007).
134. *Commission des droits de la personne c. 2755-9046 Québec inc.* (15 décembre 1993), Beauharnois 760-53-000002-939, J.E. 94-287 (T.D.P.Q.) [2755-9046 Québec inc.]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Charos* (13 février 1997), Iberville 755-53-000002-962, J.E. 97-786 (T.D.P.Q.) [*Charos*].
135. *Commission des droits de la personne c. Camping & plage Gilles Fortier inc.* (13 décembre 1994), Québec 200-53-000004-940, J.E. 95-287 (T.D.P.Q.).
136. Pour un état récent de la question, voir : Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Personnes sourdes ou malentendantes et chien d'assistance : la reconnaissance d'un nouveau moyen pour pallier le handicap auditif (dans l'accès aux moyens de transport) - Un état de la question*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2007 à la p. 26 et s.
137. *Commission des droits de la personne c. Taxis Coop. de Trois-Rivières* (7 août 1992), Trois-Rivières 400-02-001866-902, J.E. 92-1368 (C.Q.); *Bell c. 107910 Canada inc.*, B.E. 97BE-381 (C.Q.); *Commission des droits de la personne c. Héту* (20 octobre 1992), Longueuil 505-53-000002-920, J.E. 92-1750 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des*

les hôpitaux¹³⁹, les restaurants¹⁴⁰, les bars¹⁴¹, les commerces¹⁴², les cinémas, les salles de quilles¹⁴³ et les hôtels¹⁴⁴ au motif «qu'exiger l'expulsion d'un chien-guide revient à exiger en quelque sorte l'expulsion même de la personne handicapée»¹⁴⁵. Le droit à l'égalité dans l'accès aux établissements publics implique, par ailleurs, que la personne handicapée «puisse avoir son chien-guide

-
- droits de la jeunesse c. Régis* (24 septembre 1997), Montréal 500-53-000069-979, J.E. 97-1911(T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Macrisopoulos* (16 octobre 1998), Montréal 500-53-000090-983, J.E. 98-2327 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Charbel* (3 mars 2003), Montréal 500-53-000183-028, J.E. 2003-788 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Coopérative de taxis de Montréal* (14 mars 2008), Montréal 500-53-000264-075, J.E. 2008-855 (T.D.P.Q.).
138. *Pilon c. Corp. intermunicipale de transport des Forges* (12 janvier 1995), Trois-Rivières, 400-05-000528-944, J.E. 95-536 (C.S.).
139. *Peters c. University Hospital Board* (1983), 4 C.H.R.R. D/1464 (Sask. C.A.).
140. *Gaulin c. Snack St-Louis inc.*, B.E. 97BE-566 (C.Q.); *Québec Human Rights Commission c. 2858029 Canada inc.* (24 octobre 1995), Montréal 500-53-000007-953, J.E. 95-2224 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9096-4545 Québec inc.* (16 décembre 2003), Montréal 500-53-000199-032, J.E. 2004-175 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9107-9194 Québec inc. (Restaurant Jing Hua)* (21 décembre 2005), Longueuil 505-53-000011-053, J.E. 2006-466 (T.D.P.Q.) [*Restaurant Jing Hua*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Restaurant 59 Bangkok* (8 décembre 2005), Montréal 500-53-000218-055, J.E. 2006-465 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)* (9 janvier 2008), Montréal 500-53-000254-076, J.E. 2008-405 (T.D.P.Q.) [*Montuori*].
141. *Commission des droits de la personne c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.Q.) [*Bar La Divergence*].
142. *Westfair Food Ltd c. Feldman*, (1998) 34 C.H.R.R. D/394 (B.C.S.C.); *Roi du dollar*, *supra* note 28; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Kayode*, [2007] J.T.D.P.Q. (Quicklaw) no 25.
143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Quillorama de l'Anse inc.* (20 novembre 1998), Rimouski 100-53-000004-983, J.E. 99-12 (T.D.P.Q.).
144. *Joly c. Pagé* (1er octobre 2001), St-François 450-05-004009-003, J.E. 2002-8 (C.S.).
145. *Restaurant Jing Hua*, *supra* note 140 au para. 29.

tout à ses côtés sans qu'il n'y ait aucune séparation entre l'un et l'autre.»¹⁴⁶ On ne saurait demander à quelqu'un de laisser ses «yeux», c'est-à-dire son chien-guide, au vestiaire¹⁴⁷.

Pour répondre aux exigences de l'article 15 de la *Charte québécoise*, l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public doit non seulement être autorisé, mais aussi être physiquement possible, et ce, dans des conditions équivalentes à celles réservées aux personnes ne faisant pas partie du groupe protégé¹⁴⁸. De fait, «il n'est pas nécessaire d'empêcher formellement une personne vivant avec un handicap d'avoir accès aux moyens de transport [ou aux lieux publics] pour qu'il en résulte une situation discriminatoire.»¹⁴⁹ L'omission de tenir compte de sa différence peut aussi constituer une atteinte à l'égalité¹⁵⁰. C'est le cas, notamment, lorsque l'absence d'ascenseur et d'ouvre-porte automatique l'empêche d'avoir accès à un édifice¹⁵¹ ou que la configuration d'une voiture de chemin de fer restreint considérablement ses possibilités de déplacement, la privant du même confort, de la même dignité et de la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique»¹⁵². L'obstacle discriminatoire doit [alors] être éliminé, sauf s'il existe un motif justifiable de le maintenir, lequel peut être établi en prouvant que l'accommodement impose au fournisseur de services une contrainte excessive»¹⁵³. Nous reviendrons sur les notions

146. *Ibid.*, au para. 23.; Montuori, *supra* note 140 au para. 35.

147. *Bar La Divergence*, *supra* note 141.

148. *Canadian Odeon Theatres Ltd c. Saskatchewan Human Rights Commission*, (1985) 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. vi.

149. Commission des droits de la personne du Québec, *Le droit à l'égalité d'accès aux moyens de transport pour les usagers handicapés : document synthèse*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1991 à la p. 5.

150. Andrews, *supra* note 16 aux pp. 164 et 165.

151. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Place Desjardins inc.*, B.E. 2003BE-228 (T.D.P.Q.).

152. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650 au para. 162 [Via Rail].

153. *Ibid.*, au para. 121.

d'accommodement et de contrainte excessive dans la seconde partie de l'étude.

b) La notion de «lieu public»

En la faisant précéder de la conjonction «tel que», le législateur québécois a clairement indiqué que l'énumération des lieux visés par l'article 15 n'est pas limitative; ces lieux ne sont que des exemples¹⁵⁴. Outre les établissements commerciaux, les hôtels, les restaurants, les théâtres, les cinémas, les parcs et les terrains de camping et de caravanning, il ne semble pas faire de doute que les bars¹⁵⁵, les installations sportives d'une municipalité¹⁵⁶ et les salles d'audience¹⁵⁷ sont des lieux publics au sens de l'article 15.

Le Tribunal des droits de la personne a toutefois dû se livrer à une réflexion plus approfondie lorsqu'il a été saisi d'un litige opposant un syndicat de copropriété à l'une de ses membres, expulsée d'une assemblée pour avoir voulu y parler français. Puisque l'assemblée avait été tenue chez la présidente du syndicat, la résolution du litige impliquait de déterminer si une unité de condominium pouvait être considérée comme un «lieu public». Insistant sur la nécessité de donner à la *Charte québécoise* une interprétation large, le Tribunal a établi qu'un lieu privé peut, «en certaines circonstances, prendre une connotation «publique» lorsqu'on l'utilise à certaines fins, ou pour la tenue de certains événements»¹⁵⁸ et que «la possibilité de se procurer des biens ou des services n'est pas une condition nécessaire pour

154. *Bertrand*, *supra* note 128 au para. 89.

155. 2755-9046 *Québec inc.*, *supra* note 134; *Restaurant Alexandre inc.*, *supra* note 133; *Charos*, *supra* note 134; 2955-5158 *Québec inc.*, *supra* note 133; *Le Surf*, *supra* note 133; *Blais*, *supra* note 133.

156. *Comité de citoyens Espaces Verts LaSalle Inc. c. Cité de LaSalle*, (1982) 3 C.H.R.R. D/659 (C.P.); *Repentigny*, *supra* note 2.

157. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de)* (14 mars 2003), J.E. 2003-787, Montréal 500-53-000181-022, J.E. 2003-787 (T.D.P.Q.).

158. *Bertrand*, *supra* note 128 au para. 79.

qu'un lieu puisse être qualifié de «public»¹⁵⁹. En l'espèce, puisque le statut de copropriétaire emporte le droit «de pouvoir se trouver librement sur les lieux de la tenue d'une assemblée de copropriétaires»¹⁶⁰, l'appartement de la présidente du syndicat devait, pour la durée de la réunion, être considéré comme un lieu public au sens de l'article 15 de la *Charte québécoise*¹⁶¹.

D. L'exigence d'une atteinte à la dignité?

Dans l'arrêt *Law*¹⁶², la Cour suprême du Canada a décidé que pour être discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une différence de traitement devait avoir pour effet de porter atteinte à la dignité humaine. Si la Cour suprême a récemment remis en question l'opportunité de conserver ce critère dans le contexte de l'article 15 de la *Charte canadienne*¹⁶³, force est de constater que son applicabilité s'avère encore plus controversée dans le contexte de l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁶⁴. Les prochaines lignes ont simplement pour but de rappeler brièvement l'état de la jurisprudence en la matière¹⁶⁵.

159. *Ibid.* au para. 88.

160. *Ibid.* au para. 91.

161. Il est intéressant de noter que la conclusion du Tribunal des droits de la personne est conforme au contenu d'un rapport de l'Office de révision du Code civil dans lequel l'ancêtre des articles 12 et 15 de la *Charte québécoise* a été commenté en ces termes : «Dans le premier alinéa, le Comité emploie l'expression «lieux ouverts au public», qui désigne tous les lieux, fussent-ils privés, où le public est invité à pénétrer.» (Office de révision du Code civil, *Rapport du comité des droits civils*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1966 à la p. 20.)

162. *Law*, *supra* note 14.

163. *R. c. Kapp* (27 juin 2008), 31603, J.E. 2008-1323 (C.S.C.) [*Kapp*].

164. Soulignons que la Cour suprême du Canada a récemment éludé la question dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 [*Centre universitaire de santé McGill*].

165. Pour une étude plus approfondie, voir : Proulx, «Dignité», *supra* note 17; Robitaille, «Non-indépendance», *supra* note 60 à la p. 136 et s.; David Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!», (2002) 62 R. du B. 321 [Robitaille, «Discrimination»].

1. L'état du droit dans le contexte de l'article 15 de la Charte canadienne

Le paragraphe 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* «garantit à tous un traitement égal par l'État, indépendamment de toute discrimination»¹⁶⁶ : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.»¹⁶⁷

Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême du Canada a «établi qu'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois éléments clés : une différence de traitement, un motif énuméré ou un motif analogue et la présence de discrimination réelle, comprenant des facteurs comme les préjugés, les stéréotypes et les désavantages.»¹⁶⁸ La Cour a, ensuite, précisé en ces termes le sens à donner au troisième élément constitutif de la discrimination : il y a discrimination réelle «si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne»¹⁶⁹. L'exigence d'une atteinte à la dignité semblait donc posée.

Pour déterminer si une disposition législative ou un acte gouvernemental porte atteinte à la dignité humaine, la Cour suprême a suggéré de tenir compte des facteurs contextuels

166. *Law*, *supra* note 14 au para. 22.

167. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 15 (1).

168. *Law*, *supra* note 14 au para. 30.

169. *Ibid.*, au para. 51.

suivants : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, (2) la correspondance entre le motif invoqué et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes, (3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisé et (4) la nature et l'étendue de l'intérêt touché par la loi contestée¹⁷⁰. Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour a, toutefois, reconnu que «la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui [...] peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels» et qui s'avère parfois être «un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité»¹⁷¹. Devant ce constat, la Cour a précisé ce qui suit :

[...], l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes.¹⁷²

L'arrêt *Kapp* étant tout récent, il faudra attendre encore un peu pour savoir s'il aura sonné le glas du critère de l'atteinte à la dignité dans le contexte de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

170. *Ibid.*; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 [*Lovelace*]; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 [*Lavoie*].

171. *Kapp*, *supra* note 63 au para. 22.

172. *Ibid.* au para. 24.

2. L'évolution du droit dans le contexte de l'article 10 de la Charte québécoise

Depuis l'arrêt *Law*, la question de l'applicabilité du critère de l'atteinte à la dignité dans le contexte de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'a jamais cessé d'être controversée.

Considérant la portée et la structure de la *Charte québécoise*, le Tribunal des droits de la personne estime pour sa part que la grille d'analyse élaborée dans l'arrêt *Law* est inapplicable dans le contexte de la *Charte québécoise*¹⁷³. De son côté, la Cour d'appel a d'abord décidé que le processus d'analyse de l'article 15 de la *Charte canadienne* s'appliquait à l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁷⁴ et qu'il incombait donc au demandeur d'établir une atteinte à son droit à la dignité pour bénéficier de la protection contre la discrimination¹⁷⁵. Puis, dans l'arrêt *Commission scolaire des Phares*¹⁷⁶, la Cour d'appel a nuancé sa position en précisant que le critère de l'atteinte à la dignité ne serait pas applicable lorsque «la discrimination émane d'une simple décision ou d'un acte de pure gestion par opposition à une loi ou un règlement»¹⁷⁷. Quant à la Cour suprême du Canada, elle n'a jamais répondu clairement à la question de savoir si le test de l'arrêt *Law* était aussi valable dans le contexte de la *Charte québécoise* et en application des lois anti-discrimination des autres provinces. Le fait qu'elle ait ignoré le critère de l'atteinte à la dignité dans quelques arrêts rendus en vertu de lois anti-

173. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529 (T.D.P.Q.) [Laval].

174. *Johnson*, *supra* note 109.

175. *Lambert*, *supra* note 15; *Amselem*, *supra* note 15; *Sylvestre*, *supra* note 15.

176. *Commission scolaire des Phares c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2006] R.J.Q. 378, 391 (C.A.) [Phares].

177. Brunelle, «Droits et libertés», *supra* note 18 à la p. 62.

discrimination¹⁷⁸ a, toutefois, incité les tribunaux de plusieurs provinces à ne pas en tenir compte dans leur analyse¹⁷⁹.

Il ne fait pas de doute qu'exiger la preuve d'une atteinte à la dignité a pour effet d'alourdir considérablement le fardeau du demandeur¹⁸⁰. Qui plus est, cette exigence est difficilement conciliable avec les objectifs des lois quasi constitutionnelles en matière de protection des droits de la personne de même qu'avec la structure particulière de la *Charte québécoise*¹⁸¹. Dans ces circonstances, s'il s'avère que le critère de l'atteinte à la dignité survit à l'arrêt *Kapp*, il s'imposera que la Cour suprême adopte une position claire et restreigne l'application de la grille d'analyse de l'arrêt *Law* à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Cela dit, nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur la question puisqu'en matière de fourniture de biens et de services ordinairement offerts au public, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Commission scolaire des Phares* a eu pour effet d'éliminer l'exigence d'une atteinte à la dignité dans la vaste majorité des cas.

II. Les limites à la protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services

Lorsqu'une personne parvient à démontrer qu'elle est victime d'un traitement discriminatoire, un renversement du fardeau de la preuve s'opère; le fournisseur de biens ou de

178. *Meiorin*, *supra* note 63; *Grismer*, *supra* note 90; *Boisbriand*, *supra* note 11.

179. *Laval*, *supra* note 173; Christine Boyle, «The Anti-Discrimination Norm in Human Rights and Charter Law : Nixon v. Vancouver Rape Relief», (2004) 37 U.B.C.L. Rev. 31; Barbara Findlay, «Real Women : Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief», (2003) 36 U.B.C.L. Rev. 57; Proulx, «Dignité», *supra* note 17.

180. Christian Brunelle, «La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale», (2006) 66 Numéro thématique hors série R. du B. 143 à la p. 155 et s.; Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 522; Robitaille, «Discrimination», *supra* note 165 à la p. 330 et s.

181. Proulx, «Dignité», *ibid.* à la p. 519 et s.

services doit alors tenter de prouver que la discrimination est justifiée. Le plus souvent, le fournisseur fera valoir qu'il lui est impossible d'accommoder la victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. Nous verrons que la portée de l'obligation d'accommodement (A) et la définition de «contrainte excessive» (B) varient selon le bien ou le service en cause. Des arguments plus spécifiques au domaine des biens et des services peuvent, par ailleurs, être soulevés en défense (C). Nous en passerons quelques-uns en revue, en insistant particulièrement sur celui fondé sur le besoin des minorités de se rassembler (D).

A. L'obligation d'accommodement raisonnable dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public

Fruit de la jurisprudence, l'obligation d'accommodement a fait ses premiers bourgeons dans le domaine de l'emploi avant de se tailler une place dans l'ensemble des activités auxquelles s'applique l'article 10 de la *Charte québécoise*. «Le concept d'accommodement raisonnable étant inhérent au droit à l'égalité, l'application de ce concept en dehors du domaine des relations du travail était en quelque sorte inscrite dans son code génétique.»¹⁸² Le fait que cette obligation s'impose aux fournisseurs de biens et de services ordinairement offerts au public ne fait désormais plus de doute¹⁸³.

1. La grille d'analyse applicable

Depuis l'arrêt *Meiorin*, rendu par la Cour suprême du Canada en 1999, les employeurs et autres personnes assujetties à

182. Pierre Bosset, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 3 à la p. 16 [Bosset, «Fondements»].

183. *Ibid.*

une loi concernant les droits de la personne¹⁸⁴ sont requis d'intégrer des mesures d'accommodement dans chacune de leurs normes¹⁸⁵. Dès qu'il est démontré qu'une norme est à première vue discriminatoire, son auteur doit donc établir qu'il a envisagé autant de mesures d'accommodement qu'il lui était possible de le faire sans en subir une contrainte excessive. En d'autres termes, il lui faut démontrer que la discrimination qui subsiste dans la norme «a une justification réelle et raisonnable»¹⁸⁶. Pour ce faire, il lui faut prouver :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées;
- (2) qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive.¹⁸⁷

Il n'est pas dans notre intention de nous livrer ici à une analyse approfondie de chacune des étapes de ce test. Rappelons simplement que «[l]es deux premières étapes permettent respectivement de s'assurer de la légitimité de l'objet général de la norme et de l'intention qu'avait l'employeur [ou le fournisseur de services] en l'adoptant. Elles garantissent donc que, tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif, la norme n'a pas un fondement discriminatoire.»¹⁸⁸ Quant à la troisième étape, elle «constitue un test de rationalité s'attachant à la *nécessité* de la norme afin de réaliser une fin légitime. L'employeur [ou le fournisseur de services] doit démontrer qu'il ne peut accommoder

184. Sur l'applicabilité du test de l'arrêt *Meiorin* en matière de fourniture de biens ou de services, voir : *Grismer*, *supra* note 90 au para. 19; *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 119.

185. *Meiorin*, *supra* note 63; *Grismer*, *ibid.*

186. *Grismer*, *ibid.* au para. 20.

187. *Ibid.* Voir aussi : *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 54; *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 119.

188. *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 164 au para. 14.

le plaignant sans subir de contrainte excessive.»¹⁸⁹ Mentionnons aussi que dans le contexte spécifique de la *Charte québécoise*, la seconde étape du test ne trouve pas application, le législateur québécois ayant clairement privilégié une approche purement objective en matière de discrimination¹⁹⁰.

L'application du test de l'arrêt *Meiorin* conduit à l'un ou l'autre des résultats suivants. Si la norme réussit le test, c'est qu'elle a une justification réelle et raisonnable et qu'elle est donc légitime. Dans le cas contraire, la norme doit être modifiée de manière à y intégrer les mesures d'accommodement nécessaires pour rétablir l'égalité¹⁹¹. Il ne s'agira donc pas de tolérer des exceptions à la norme, mais plutôt de la reformuler de façon à ce qu'elle soit exempte de toute discrimination injustifiée.

189. *Ibid.*

190. CDPDJ (*Stortini*) c. *De Luxe Produits de Papier inc.*, DTE 2003T-288 (TDPQ); CDPJQ (*Chamberland*) c. *S.A.A.Q.*, [2003] R.J.Q. 1737 (TDPQ); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Collège Montmorency*, [2004] R.J.Q. 1381 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Cambior inc.*, D.T.E. 2007T-761 (T.D.P.Q.); Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi, «L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 134, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 219 à la p. 243; Brunelle, «Droits et libertés», *supra* note 18 à la p. 64; Chantal Masse, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65 à la p. 80; Mélanie Samson, «Travailleur handicapé : le droit à l'égalité et ses limites», (2003-2004) 17 R.J.E.U.L. 188.

191. *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 68. : «La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnable de le faire.» [soulignements dans le texte].

2. Des exemples de mesures d'accommodement

La portée de l'obligation d'accommodement dépend du contexte. En d'autres termes, «[c]e qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.»¹⁹² En matière de fourniture de biens et de services ordinairement offerts au public, il convient de tenir compte, notamment de la spécificité de ce secteur d'activités, du caractère public ou non de l'institution offrant le service, de sa mission propre et de la nature de sa clientèle¹⁹³. En peu de mots, une institution publique dont la clientèle est en quelque sorte «captive» devrait généralement se voir imposer une obligation d'accommodement plus lourde que celle dont la clientèle est moins vulnérable¹⁹⁴.

Dans tous les cas, la première mesure d'accommodement à envisager est l'abolition pure et simple de la différence de traitement et la fourniture du bien ou du service souhaité¹⁹⁵. À moins qu'elle ne constitue une contrainte excessive, c'est cette mesure qui devrait être retenue¹⁹⁶.

Une deuxième forme d'accommodement consiste à procéder à une évaluation individuelle afin de déterminer lesquelles, s'il y a lieu, des personnes visées par la distinction discriminatoire pourraient se voir fournir le bien ou le service sans qu'il n'en résulte

192. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 à la p. 984 [Renaud]. Voir aussi : *Hydro-Québec c. Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* (17 juillet 2008), 31395, J.E. 2008-1438 (C.S.C.) au para. 17 [Hydro-Québec] : «En raison du caractère individualisé de l'obligation d'accommodement et de la diversité des circonstances qui peuvent survenir, toute règle rigide est à éviter.»

193. Pierre Bosset, «Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit ?», (2007) 8 *Éthique publique* 165 à la p. 166 [Bosset, «Limites»]; Pierre Bosset et Paul Eid, «Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif?», (2007) 41 R.J.T. 513; Bosset, «Fondements», *supra* note 182 à la p. 25.

194. *Ibid.*

195. *Grismer*, *supra* note 90 au para. 33; *Desroches*, *supra* note 21.

196. *Desroches*, *ibid.*

une contrainte excessive pour le fournisseur¹⁹⁷. L'omission de procéder à une telle évaluation rendra particulièrement difficile la justification d'une mesure discriminatoire¹⁹⁸. Ainsi, en matière de logement, un locateur ne saurait s'en tenir à une politique générale d'évaluation sommaire pour refuser de louer à une personne prestataire d'aide sociale; l'obligation d'accommodement lui impose de vérifier la solvabilité de l'aspirant locataire auprès de son locateur précédent, le cas échéant¹⁹⁹. De même, un organisme gouvernemental ne saurait refuser d'octroyer un permis de conduire à toutes les personnes ayant un handicap susceptible de les rendre incapables de répondre à l'objectif de sécurité routière raisonnable; il faut plutôt donner à chacune la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'elle peut conduire de façon sécuritaire²⁰⁰. Une obligation similaire s'impose de façon constante aux établissements scolaires, qu'il s'agisse, par exemple, de décider d'admettre ou non dans une institution privée un élève dont le handicap l'empêchera de suivre l'ensemble des cours²⁰¹ ou encore de décider de l'intégration ou non, en classe régulière, d'un enfant présentant une déficience intellectuelle²⁰². Soulignons qu'il ne suffira pas alors que l'évaluation de l'enfant

197. *Grismer, supra* note 90 au para. 33. Notons que la nécessité de procéder à une évaluation individuelle a été établie dès les premières décisions portant sur la *Charte québécoise*. À ce sujet, voir notamment la décision *Fédération québécoise, supra* note 59, où la Cour supérieure du Québec a conclu qu'une évaluation individuelle était requise pour déterminer si une fille avait les qualifications nécessaires pour être admise dans une équipe de hockey composée uniquement de garçons ou presque. Dans une affaire dont les faits étaient similaires, un tribunal manitobain a récemment réitéré la nécessité de procéder à une évaluation au mérite : *Manitoba High Schools Athletic Association Inc. v. Pasternak et al.*, (2008) Man.R. (2d) 288 (Q.B.).

198. *Saskatchewan (Human rights commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

199. *Whittom, supra* note 20; *Dion, supra* note 1.

200. *Grismer, supra* note 90; *Drouin, supra* note 100.

201. *Collège Notre-Dame, supra* note 98.

202. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Phares, supra* note 176; *Chauveau, supra* note 98.

soit individuelle; elle devra, au surplus, être faite «selon une norme réaliste qui reflète ses capacités».²⁰³

Outre le devoir de procéder à une évaluation individuelle, l'obligation d'accommodement peut commander à un fournisseur de services de prendre diverses mesures positives comme de fournir les services d'un interprète en langage gestuel²⁰⁴ ou d'une éducatrice spécialisée²⁰⁵ ou de faciliter l'accès à un équipement informatique adapté²⁰⁶. L'accommodement peut aussi impliquer d'exempter la victime de discrimination d'une exigence ou d'une interdiction par ailleurs légitimement imposée au reste de la clientèle. En dépit d'un règlement y interdisant la présence d'animaux, un tenancier de bar peut ainsi être tenu d'autoriser une personne non voyante à entrer dans son établissement avec son chien-guide²⁰⁷. De la même manière, une garderie peut se voir obligée de tolérer la présence d'une accompagnatrice aux côtés d'un enfant souffrant d'une déficience intellectuelle et ce, même s'il est par ailleurs légitime de vouloir interdire la présence d'étrangers auprès d'enfants en bas âge²⁰⁸. Dans la mesure où la compétition ne s'en trouve pas faussée, les règles d'un tournoi sportif pourraient aussi devoir être adaptées pour permettre à une personne ayant un handicap d'y prendre part²⁰⁹. Selon nous, le même raisonnement commanderait

203. *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 82; *Collège Notre-Dame*, *supra* note 98 aux para. 37 et 39; *Phares*, *ibid.* au para. 87.

204. *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Howard v. University of British Columbia*, (1993) 18 C.H.R.R. D/353 (BCCounHumRts) [*Howard*]; *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.) [*Communauté sourde*].

205. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.).

206. *Brown v. Trebas Institute Ontario Inc.*, [2008] O.H.R.T.D. No. 8.

207. *Bar La Divergence*, *supra* note 141.

208. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Garderie du Couvent inc.*, [1997] R.J.Q. 1475 (T.D.P.Q.) [*Garderie du Couvent*], autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, 500-09-004533-972 (4 mars 1997).

209. *Youth Bowling Council of Ontario v. McLeod* (31 octobre 1990), [1990] O.J. (Quicklaw) No. 2047 (Ont. Div. Ct.), autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, 20 O.R. (3d) 658 (24 novembre 1994).

d'autoriser le port du voile islamique dans les tournois de taekwondo²¹⁰.

Enfin, lorsqu'un obstacle physique paraît empêcher l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public, l'obligation d'accommodement exige à tout le moins de vérifier si tel est véritablement le cas²¹¹. Le cas échéant, le fournisseur de services devra éliminer les «diverses barrières physiques et/ou organisationnelles»²¹², «sauf s'il existe un motif justifiable de [les] maintenir»²¹³.

B. La défense de contrainte excessive dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public

«L'obligation d'accommodement n'est ni absolue ni illimitée»²¹⁴; elle trouve sa limite dans la notion de «contrainte excessive». La Cour suprême du Canada n'a pas cru bon de définir celle-ci de manière exhaustive²¹⁵. Elle a plutôt dégagé une série de facteurs à considérer pour décider du caractère excessif ou non d'une contrainte. Ces critères peuvent être regroupés en trois catégories : «les limites des ressources financières, le respect des droits de la victime et le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution débitrice de la mesure d'accommodement»²¹⁶. Bien évidemment, le contenu de chacune de ces catégories varie selon

-
- 210. Rappelons qu'en avril 2007, la Fédération québécoise de taekwondo a refusé qu'une équipe de taekwondo composée surtout de filles portant le voile islamique participe à un tournoi au motif que le port du hijab contrevenait aux règlements de la Fédération mondiale de taekwondo.
 - 211. *Villa de France*, *supra* note 130 aux para. 34-35.
 - 212. *Restaurant Scampinata*, *supra* note 130.
 - 213. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 121.
 - 214. *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 164 au para. 38. Voir aussi : *Hydro-Québec*, *supra* note 192 aux para. 15 et 16.
 - 215. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489 à la p. 520.
 - 216. *Université Laval c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.D.T. 1 (C.A.) au para. 120 [citations omises].

le domaine où la discrimination se manifeste. Voyons ce qu'il en est dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public.

1. Les facteurs d'évaluation

Les critères de détermination du caractère excessif ou non d'une mesure d'accommodement «ne sont pas coulés dans le béton»²¹⁷; ils varient selon les circonstances et les mesures législatives applicables à chaque cas²¹⁸. Leur application doit, par ailleurs, être effectuée «d'une manière souple et conforme au bon sens»²¹⁹.

En matière de fourniture de biens ou de services, les tribunaux apprécient le coût financier de la mesure d'accommodement réclamée en tenant compte, notamment, de la «taille de l'entreprise» du fournisseur et des «conditions économiques auxquelles elle est confrontée»²²⁰, de la capacité du fournisseur «de déplacer et récupérer des coûts dans son entreprise»²²¹, de «la possibilité d'obtenir un financement externe»²²² et du risque «que le coût net à supporter compromette la survie de l'entreprise ou en modifie le caractère essentiel»²²³.

Outre les coûts financiers de l'accommodement réclamé, le fournisseur de services pourra faire valoir que le compromis sollicité constitue une «ingérence majeure»²²⁴ dans l'exploitation de son entreprise, qu'il porte indûment atteinte aux droits des autres clients²²⁵ ou, encore, qu'il entraîne un risque «grave»²²⁶

217. *Bergevin*, *supra* note 8 à la p. 546.

218. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 123.

219. *Bergevin*, *supra* note 8 à la p. 546.

220. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 131. Voir aussi : *Bergevin*, *ibid.*

221. *Via Rail*, *ibid.* Voir aussi : *Howard*, *supra* note 204.

222. *Via Rail*, *ibid.* au para. 132. Voir aussi : *Brock c. Tarrant Film Factory Ltd.*, (2000) 37 C.H.R.R. D/305 (Comm. d'enq. Ont.).

223. *Via Rail*, *ibid.* Voir aussi : *Quesnel c. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474 (Comm. d'enq. Ont.).

224. *Via Rail*, *ibid.* au para. 131. Voir aussi : *Renaud*, *supra* note 192.

225. *Desroches*, *supra* note 21 à la p. 1557.

pour la sécurité du plaignant²²⁷, des autres bénéficiaires du service²²⁸ ou du fournisseur²²⁹. En fait, tout ce qui contribue à «établir que l'obligation d'accommodement dénature le bénéfice recherché [par l'obtention du service] ou en altère profondément l'objet»²³⁰ pourra être valablement plaidé.

Si les coûts financiers de la mesure d'accommodement réclamée et son incidence sur le bon fonctionnement de l'entreprise peuvent légitimement être pris en compte, ils doivent néanmoins être appréciés en gardant à l'esprit les droits de la victime de discrimination. Encore récemment, la Cour suprême du Canada «a averti que les tribunaux doivent "se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée"»²³¹ ou présentant l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles sur la base desquelles la discrimination est prohibée. En matière de biens ou de services ordinairement offerts au public, le caractère fondamental²³² ou la nature très personnelle du bien ou du service en cause de même que la vulnérabilité particulière de la clientèle²³³ sont des facteurs qui rendent parfois d'autant plus exigeante l'obligation d'accommodement.

En somme, la tâche est lourde pour le fournisseur de biens ou de services qui souhaite démontrer le caractère raisonnable d'une norme discriminatoire. «Il faut plus que de simples efforts

226. *BCGSEU*, *supra* note 63 au para. 79. Sur le critère d'appréciation du risque, voir : Christian Brunelle, «La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive?», dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 343 à la p. 363 et s.

227. *Repentigny*, *supra* note 2.

228. *Ibid.*

229. *G. (G.)*, *supra* note 99.

230. *Ibid.* à la p. 1622.

231. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 128. Voir aussi : *Grismer*, *supra* note 90 au para. 41.

232. *Desroches*, *supra* note 21 à la p. 1557; Commission, «Pauvreté», *supra* note 30 à la p. 8 et s.

233. Bosset, «Limites», *supra* note 193 à la p. 166.

négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessif» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable²³⁴. Pour être plus précis, «[il] [n']y a contrainte excessive [que] lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes.»²³⁵

2. Des exemples de contraintes excessives

En matière de fourniture de biens ou de services ordinairement offerts au public, rares sont les cas où les tribunaux ont considéré excessivement contraignante la mesure d'accommodement réclamée. L'étude de la jurisprudence permet néanmoins d'en relever quelques-uns.

Dans une affaire opposant la ville de Repentigny à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le Tribunal des droits de la personne a jugé que de «permettre l'accès à [une] patinoire à des personnes sans patins et en fauteuil roulant lors d'une séance de patinage libre représente une contrainte excessive en raison de la nécessité d'assurer la sécurité sur la patinoire lors de ces séances»²³⁶. En l'espèce, la municipalité était donc justifiée de refuser l'accès à sa patinoire à un père de famille en fauteuil roulant désireux d'accompagner son fils sur la glace. Le Tribunal a souligné que le plaignant aurait dû «offrir sa collaboration» et prendre le temps «d'examiner les accommodements que la [municipalité] [avait] l'habitude d'offrir» en pareilles circonstances²³⁷.

Dans une affaire un peu plus ancienne, un tribunal d'enquête agissant en vertu du code ontarien des droits de la personne a décidé que le sida est un handicap au sens des lois de protection des droits de la personne et que le fait, pour un dentiste, d'imposer un délai additionnel au patient qui en est

234. *Renaud*, *supra* note 192 à la p. 984.

235. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 130.

236. *Repentigny*, *supra* note 2 au para. 71.

237. *Ibid.*, au para. 79.

atteint constitue un acte discriminatoire. Cependant, le tribunal a aussi considéré que l'état de santé du patient justifiait que le dentiste obtienne certaines informations auprès de son médecin avant de le traiter. Dans ces conditions, le tribunal a conclu que le dentiste n'aurait pu fournir sans délai le service recherché sans subir une contrainte excessive²³⁸.

Enfin, il semblerait que des bruits excessifs occasionnés par la présence d'une personne handicapée puissent justifier la résiliation d'un bail de logement. Fait à noter, en de pareilles circonstances, l'article 1860 C.c.Q.²³⁹ allègerait considérablement le fardeau de preuve du locateur. En effet, dans une affaire où un locateur souhaitait résilier le bail d'une locataire dont l'enfant autiste causait des bruits prétendument excessifs, la Régie du logement a mentionné ceci :

Dans le cas présent, un bail a été valablement conclu pour le logement concerné. La locataire a librement consenti aux obligations prévues au bail et par la loi. Elle demeure assujettie aux obligations qui découlent du bail et ce, même si elle permet l'accès du logement à une personne handicapée. Elle ne peut se dégager de ses obligations du seul fait qu'un de ses enfants est autiste.

En concluant le bail, la locataire s'est engagée à user du bien loué avec prudence et diligence (1855 C.c.Q.) et à se conduire de manière à ne pas troubler la jouissance normale des autres locataires, conformément aux dispositions de l'article 1860 C.c.Q. Il est évident qu'il est plus difficile pour la locataire de respecter l'obligation que lui impose l'article 1860 C.c.Q. puisque la déficience de sa

238. *Jerome c. DeMarco*, (1992) 16 C.H.R.R. D/402 (Comm. d'enq. Ont.).

239. C.c.Q., art. 1860 : «Le locataire est tenu de se conduire de manière à ne pas troubler la jouissance normale des autres locataires.

Il est tenu, envers le locateur et les autres locataires, de réparer le préjudice qui peut résulter de la violation de cette obligation, que cette violation soit due à son fait ou au fait des personnes auxquelles il permet l'usage du bien ou l'accès à celui-ci.

Le locateur peut, au cas de violation de cette obligation, demander la résiliation du bail.».

filles engendrent des crises difficiles à contrôler qui peuvent causer des bruits excessifs. Cependant, cette obligation vise tous les locataires [quelles que soient] leur situation personnelle ou les difficultés auxquelles ils doivent faire face. L'article 1893 C.c.Q. établit le caractère impératif des dispositions de l'article 1860 C.c.Q. en matière de bail de logement.²⁴⁰

En somme, il ne serait pas «discriminatoire pour [un locateur] de demander la résiliation du bail [d'un] locataire en vertu de l'article 1860 C.c.Q.»²⁴¹, et ce, même si les troubles allégués découlent du fait que le locataire présente une caractéristique personnelle prévue à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Cela dit, la Régie a rejeté la demande de résiliation parce que «[la] preuve [était] déficiente quant à la fréquence et la durée des bruits reprochés»²⁴². Puisque l'article 12 de la *Charte québécoise* est hiérarchiquement supérieur à l'article 1860 C.c.Q., qu'il trouve application pendant toute la durée de la relation contractuelle²⁴³ et que l'article 1860 C.c.Q. n'y déroge pas de manière expresse²⁴⁴, il nous semble que la Régie aurait dû conclure à la discrimination et vérifier ensuite si les bruits occasionnés par l'enfant handicapé constituaient une contrainte excessive. En l'espèce, le litige aurait fort possiblement connu la même issue. Il n'est toutefois pas certain que toute atteinte à la «jouissance normale des autres locataires» pouvant donner lieu à la résiliation du bail sur la base l'article 1860 C.c.Q. soit une contrainte excessive au sens où l'entendent les tribunaux dans l'application des Chartes.

C. Quelques moyens de défense rejetés par les tribunaux

Outre la contrainte excessive, les fournisseurs de biens ou de services ordinairement offerts au public qui se voient reprocher

240. *Khorochevskaia c. Pitt*, [2007] J.L. 35 (R.L.) à la p. 40.

241. *Ibid.*

242. *Ibid.*

243. *Draveurs*, *supra* note 34. Sur la même question, voir aussi : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, (1982) 2 R.C.S. 145.

244. *Charte québécoise*, art. 52.

un acte discriminatoire plaident parfois s'être pliés au désir de leur clientèle, avoir cherché à tirer profit de mauvaises expériences passées ou offrir un bien ou un service moins bien adapté que d'autres aux besoins de la personne qui se plaint de discrimination. Jusqu'à maintenant, ces moyens de défense ont connu peu de succès.

1. Les préférences de la clientèle

«Il est indéniable, dans notre société, que les gens d'affaires, commerçants ou employeurs sont libres de mener leurs activités comme ils l'entendent et d'établir leurs politiques et priorités en fonction de la rentabilité de leur commerce.»²⁴⁵ Par contre, «il est bien établi en droit de la personne que des raisons économiques ne sauraient être recevables pour justifier une pratique discriminatoire»²⁴⁶. Ainsi, le désir d'un fournisseur de services de plaire à sa clientèle cible ne l'autorise pas à exclure de son établissement ceux que cette clientèle aimerait mieux ne pas y voir. Par exemple, un restaurateur²⁴⁷ ou un aubergiste²⁴⁸ se doit d'accepter les jeunes enfants dans son établissement, et ce, même si leur présence est susceptible d'importuner d'autres clients :

Par ailleurs, lorsqu'il choisit d'exploiter un restaurant dans un lieu public, la **Charte des droits** lui impose de ne pas empêcher l'accès à quiconque en raison de ses caractéristiques personnelles, [tels] sa race, sa couleur, son sexe, son état de grossesse, son orientation sexuelle, son état civil, son âge sauf dans la mesure prévue par la loi, sa religion, ses convictions politiques, sa langue, son origine ethnique ou nationale, sa condition sociale, son handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

245. *Restaurant Alexandre*, *supra* note 133.

246. *Le Surf*, *supra* note 133 au para. 37. Voir aussi : *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321 à la p. 349; *Restaurant Alexandre*, *ibid.*

247. *Bizouarn*, *supra* note 27.

248. *Lambert*, *supra* note 95.

Le fait que certains clients puissent préférer ne pas se retrouver en présence de personnes véhiculant l'une ou l'autre de ces caractéristiques personnelles ne change rien à la règle. La **Charte des droits** nous invite à s'accommoder de la présence de gens qui sont différents de nous, surtout dans les lieux publics et à l'intérieur des établissements commerciaux, tels les restaurants.²⁴⁹

Le principe vaut aussi en matière de logement : ce n'est pas parce que «la présence de bébés dérange certains locataires qu'un propriétaire d'immeuble à logements peut appliquer une politique visant à exclure à titre de locataires, les parents d'enfants en bas âge»²⁵⁰.

Si la discrimination se traduit souvent par une politique générale visant l'exclusion des personnes dont la présence est jugée indésirable, il arrive aussi qu'elle prenne une forme plus sournoise. Les tribunaux ont notamment à l'œil les pratiques visant à «recruter et [à] maintenir une clientèle dite "bon chic-bon genre"»²⁵¹. Bien qu'a priori légales, ces pratiques créent «un milieu fertile à l'éclosion de pratiques d'exclusion fondées sur l'un ou l'autre des motifs prohibés par l'article 10 de la Charte.» Par exemple, dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Restaurant Alexandre inc.*, le Tribunal des droits de la personne a conclu que des personnes à la peau noire avaient été victimes de discrimination lorsqu'un portier leur avait refusé l'accès à un club pendant que des gens à la peau blanche y entraient sans difficulté. Bien qu'il n'y ait eu aucune preuve de racisme et que la politique de sélection de la clientèle n'ait pas été basée sur la couleur de la peau, mais plutôt sur «le style des gens», tout indiquait que «la couleur de la peau des plaignants [avait] influencé le portier qui leur [avait] refusé l'accès à l'établissement»²⁵².

249. *Bizouarn*, *supra* note 27 à la p. 6 du texte intégral.

250. *Bergeron*, *supra* note 22 au para. 21.

251. *Restaurant Alexandre*, *supra* note 133.

252. *Ibid.*

2. Les mauvaises expériences antérieures

Lorsque des actes discriminatoires leur sont reprochés, les fournisseurs de biens ou de services généralement offerts au public sont nombreux à tenter de se justifier en racontant avoir vécu dans le passé de mauvaises expériences avec des clients faisant partie de groupes protégés par l'article 10 de la *Charte québécoise*. Ce moyen de défense est notamment employé par les propriétaires d'immeubles à logements pour expliquer leur refus de louer à des personnes jeunes²⁵³, à des familles²⁵⁴ et à des personnes prestataires d'aide sociale²⁵⁵. Des commerçants font aussi valoir cet argument au soutien de leur décision d'interdire aux jeunes enfants l'accès à leurs établissements²⁵⁶.

La popularité de l'argument fondé sur les mauvaises expériences antérieures ne repose certainement pas sur son efficacité. De fait, la position des tribunaux sur cette question est ferme et unanime : «[l]es "mauvaises expériences antérieures" avec une catégorie de personnes identifiables par un motif interdit de discrimination ne sauraient justifier le refus généralisé de personnes appartenant au même groupe.»²⁵⁷ Les tribunaux refuseront d'ailleurs tout autant de considérer le fait que le fournisseur ait déjà accepté de faire affaire avec un membre du groupe protégé, cela ne prouvant en rien qu'il n'y ait pas discrimination dans le cas à l'étude²⁵⁸. En somme, bonnes ou mauvaises, les expériences antérieures du fournisseur de biens ou de services ordinairement offerts au public sont non pertinentes en matière d'égalité.

253. *Commission des droits de la personne c. Thibodeau*, [1993] R.J.Q. 2971 (T.D.P.Q.); Gagné, *supra* note 25.

254. *Thi Van*, *supra* note 21; *Poirier*, *supra* note 21; *Grandmont*, *supra* note 21.

255. *Huong*, *supra* note 20.

256. *Bizouarn*, *supra* note 27.

257. *Blais*, *supra* note 133 au para. 102. Le Tribunal renvoie aux décisions suivantes : *Yazbeck*, *supra* note 1; *Thibodeau*, *supra* note 253 et 2955-5158 *Québec inc.*, *supra* note 133.

258. *Caci*, *supra* note 1; Gagné, *supra* note 25; *Maurice*, *supra* note 25; *Pettas*, *supra* note 1. Voir cependant : *L'Homme*, *supra* note 50.

3. L'existence de biens ou de services mieux adaptés

Même si la compétition est souvent féroce en affaires, l'espoir d'échapper à leur obligation d'accommodement pousse parfois certains fournisseurs de biens ou de services à dénigrer leur produit et même à vanter celui du compétiteur. Or, quand bien même il aurait raison de considérer un autre produit plus approprié que le sien pour répondre aux besoins de la personne handicapée ou membre d'un autre groupe protégé²⁵⁹, le fournisseur n'échappera pas à son devoir d'accommodement :

[...] lorsqu'une entreprise décide de vendre des biens ou de fournir des services et de les offrir ordinairement au public, le choix des services offerts appartient à l'entreprise. Par ailleurs, le choix de l'entreprise chez qui une personne atteinte d'un handicap va s'approvisionner appartient à la personne handicapée et à personne d'autre. Lorsqu'on décide de fournir des services et de les offrir ordinairement au public, on ne peut dire à une personne handicapée : "J'aimerais mieux que tu fasses appel aux services de mon compétiteur". On ne peut non plus bonifier une telle attitude en tentant de démontrer que les services de notre compétiteur seraient plus bénéfiques pour la personne handicapée.²⁶⁰

De la même manière, le fournisseur ne saurait se décharger de son obligation en offrant une mesure d'accommodement autre que celle réclamée. Ainsi, «[o]n n'a pas le droit de dire à la personne non voyante : "Ton chien-guide me dérange, laisse-le donc à la porte et fais-toi accompagner d'un ami." On n'a pas [davantage] le droit de dire à la personne en chaise roulante : "Les rampes sont coûteuses, fais-toi transporter à travers les marches et les escaliers à bout de bras."»²⁶¹ C'est à la personne victime de

259. *Garderie du Couvent*, *supra* note 208 à la p. 1480.

260. *Ibid.*; *Villa de France*, *supra* note 130.

261. *Communauté sourde*, *supra* note 204 à la p. 1781; *Montuori*, *supra* note 140 au para. 47. Notons que la position des tribunaux sur cette questions a parfois été sévèrement critiquée : Karen Selick, «The Ramp to Hell», (Sept. 1995) 19 Can. Law. 46.

discrimination «que revient le choix, raisonnable il s'entend, de la mesure d'accommodement visant à lui permettre d'exercer un droit en pleine égalité»²⁶².

D. Le besoin des minorités de se rassembler : un moyen de défense valable?

Centres de conditionnement physique pour femmes seulement, immeubles à logements pour personnes retraitées, bars pour gais seulement... Petit à petit, les membres des groupes que le législateur a entendu protéger par le biais de l'article 10 de la *Charte québécoise* s'affirment davantage et réclament même que des biens et des services ordinairement offerts au public leur soient réservés. Leurs manifestations en ce sens ont donné lieu à l'expression d'opinions variées. Pour certains, les membres de la majorité ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 et, de toute façon, les exclure de services réservés aux minorités ne leur cause aucun préjudice et ne porte en rien atteinte à leur dignité. Quand bien même il y aurait discrimination, le besoin des minorités de se regrouper constituerait selon eux une justification valable²⁶³. Pour notre part, nous estimons que de refuser aux membres de la majorité l'accès à des biens ou à des services ordinairement offerts au public constitue une forme de discrimination qui ne sera que rarement justifiée par le besoin des minorités de se rassembler.

1. Le droit à l'égalité des membres de la majorité

Prenons l'exemple d'une personne hétérosexuelle qui, sur la base de son orientation sexuelle, se voit refuser l'accès à un bar gai. Cette personne est certainement victime d'une différence de

262. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal* (14 janvier 2008), Montréal 500-53-000251-072, J.E. 2008-306 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. autorisée, 500-09-018422-089 (18 mars 2008).

263. Louise Langevin, «Les minorités ont besoin de se rassembler» *Le Soleil [de Québec]* (15 juin 2007) 23.

traitement fondée sur un motif interdit de discrimination. Peut-on aussi dire qu'elle est victime de discrimination?

Certains arguent que la personne hétérosexuelle ne peut être victime de discrimination sur la base de son orientation sexuelle parce qu'elle n'appartient pas à un groupe traditionnellement défavorisé. Selon nous, cet argument est mal fondé. Si l'existence de préjugés peut être prise en compte au moment de déterminer si la différence de traitement a occasionné une atteinte à la dignité²⁶⁴, elle n'est cependant pas un élément constitutif de toute discrimination :

Dans une large mesure, il importe peu qu'un groupe défavorisé puisse être circonscrit à partir des faits de l'espèce. Au paragraphe 5(1) du *Code*, le législateur a énuméré des motifs, non des groupes. La question est de savoir si une personne a été victime de discrimination fondée sur un motif illicite, et non si elle fait nécessairement partie d'un groupe dont la situation doit être corrigée.²⁶⁵

Il est intéressant de noter que l'article 10 de la *Charte québécoise* interdit la discrimination fondée sur l'«orientation sexuelle» et non pas sur l'«homosexualité». On peut certainement voir là un indice de la nature très inclusive de la protection offerte par la Charte. Lors des travaux parlementaires qui ont précédé l'ajout de cette caractéristique personnelle au texte de l'article 10, on n'a d'ailleurs pas manqué de souligner que la définition de l'«orientation sexuelle» «inclut aussi et pourrait servir [...] à empêcher la discrimination aussi dans le cas de comportement hétérosexuel.»²⁶⁶

264. *Law*, supra note 14; *Lovelace*, supra note 170; *Lavoie*, supra note 170.

265. *B. v. Ontario (Human Rights Commission)*, (2000) 195 D.L.R (4e) 405 (Ont. C.A.) au para. 47, tel que traduit et cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans la même affaire : *B. c. Ontario*, supra note 40 au para. 56.

266. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 133 (15 décembre 1977) à la p. 4885 (Fernand Lalonde).

On pourrait, par ailleurs, considérer que l'exclusion des personnes hétérosexuelles n'est pas discriminatoire en ce qu'elle n'occasionne aucun préjudice. Là encore, l'argument nous paraît mal fondé. Lorsqu'un service offre à ses utilisateurs pour seul bénéfice la possibilité de se rassembler sur la base de leur différence, on peut certainement dire que l'exclusion des personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques personnelles ne leur occasionne aucun préjudice²⁶⁷. Ainsi, si un bar gai répondait au seul besoin des personnes homosexuelles de se réunir entre elles, on pourrait considérer licite l'exclusion des personnes hétérosexuelles. Un bar est, toutefois, un lieu de divertissement et de rencontres où une personne hétérosexuelle peut trouver son compte. Parce que l'ambiance est agréable, que la musique est bonne, que l'alcool est vendu à bon prix ou qu'il est possible d'y rencontrer des amis homosexuels dans un cadre où ils sont particulièrement à l'aise, une personne hétérosexuelle peut être intéressée à fréquenter un bar gai. Lui en refuser l'accès emporte donc un préjudice.

Enfin, d'aucuns pourraient prétendre que l'exclusion des personnes hétérosexuelles n'est pas discriminatoire parce qu'elle ne porte pas atteinte à leur dignité. Cette fois encore, nous ne sommes pas entièrement d'accord. D'une part, la Cour d'appel du Québec n'exige plus la preuve d'une telle atteinte à la dignité lorsque «la plainte de discrimination, en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise*, ne vise aucunement une mesure législative ni une politique gouvernementale»²⁶⁸. D'autre part, il n'est pas nécessaire de faire partie d'un groupe traditionnellement victime de préjugés pour subir une atteinte à sa dignité. Si le fait, pour une personne majeure mais pas encore âgée de 21 ans, de se voir refuser l'accès à un bar constitue une «source de gêne et de honte»²⁶⁹, il en est certainement de même pour la personne qui se voit interdire l'accès à un établissement sur la base de son orientation sexuelle.

267. *Fédération québécoise*, *supra* note 59.

268. *Phares*, *supra* note 176 au para. 66.

269. *2755-9046 Québec inc.*, *supra* note 134; *Charos*, *supra* note 134.

2. Le droit à l'égalité réelle des membres de la minorité

À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a rappelé que «toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.»²⁷⁰ Bien au-delà d'un même traitement pour tous, les Chartes des droits visent donc l'atteinte d'une égalité réelle. C'est principalement sur cette distinction entre égalité formelle et égalité réelle et sur la nécessité «de passer de l'exclusion à l'inclusion véritable»²⁷¹ que certains s'appuient pour défendre l'idée de services offerts exclusivement aux membres des minorités. Plutôt que de porter atteinte à la dignité des membres de la majorité, ces politiques d'exclusion préserveraient celle des minorités. Avec égard, nous voyons les choses différemment.

Certes, il est vrai que l'atteinte d'une égalité réelle nécessite parfois que soient prises des mesures positives à l'endroit des groupes traditionnellement défavorisés²⁷². Les dispositions de la *Charte* portant sur les programmes d'accès à l'égalité le reconnaissent d'ailleurs expressément²⁷³. Néanmoins, il nous semble que ce serait restreindre considérablement le champ d'application des articles 10, 12 et 15 de la *Charte québécoise* que d'autoriser l'ensemble des fournisseurs de biens ou de services ordinairement offerts au public à favoriser un groupe au détriment de la majorité. Par ailleurs, il nous paraît contraire à l'esprit de la *Charte* que de permettre aux minorités de se replier sur elles-mêmes et de s'isoler du reste du monde. En matière de droits fondamentaux, les tribunaux doivent parfois voir à long terme et au-delà des intérêts individuels immédiats. Or, sans nier leur droit de se réunir dans le contexte d'activités privées, il appert que ce

270. Andrews, *supra* note 16 aux pp. 164-65.

271. Boivin, «Besoin», *supra* note 16 à la p. 332.

272. La protection du droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public n'y fait d'ailleurs pas obstacle. À ce sujet, voir : Greschner, «Chambers», *supra* note 65 à la p. 184.

273. *Charte québécoise*, art. 86 et s.

n'est pas en se confinant à une «bulle publique» où ils forment la majorité que les membres des minorités atteindront l'égalité réelle.

3. Une brève étude en droit comparé

À notre connaissance, les tribunaux du Québec n'ont pas encore eu à trancher un litige découlant du désir des membres d'une minorité de conserver l'exclusivité d'un bien ou d'un service offert au public²⁷⁴. Par contre, d'autres juridictions ont eu à le faire. Nous verrons de quelle façon les centres de conditionnement physique réservés aux femmes sont perçus par les tribunaux américains. Puis, nous étudierons une décision récente d'un tribunal australien autorisant un bar à ne servir qu'une clientèle homosexuelle masculine.

a) Les centres de conditionnement physique pour femmes seulement

Bien que très répandus, les centres de conditionnement physique pour femmes seulement ne sont pas à l'abri des attaques fondées sur les outils de protection des droits de la personne. Pour les tribunaux américains qui ont eu à décider du bien-fondé de telles contestations, trouver l'équilibre entre le droit des femmes à

274. En mai 2007, une femme hétérosexuelle a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant s'être vue refuser l'accès à un bar visant la clientèle des personnes homosexuelles. Le 29 avril 2008, la Commission a annoncé par voie de communiqué qu'une entente était intervenue entre les parties. Sans émettre de commentaires sur les termes spécifiques de l'entente, la Commission en a profité pour rappeler que «la Charte permet qu'un commerce puisse tenter, par différents moyens promotionnels, d'attirer une clientèle particulière», mais que «cette possibilité n'efface pas, [...], la règle générale de respect du droit à l'égalité sans discrimination dans l'accès aux établissements et aux biens et services qui y sont offerts au public.» (Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Communiqué, «Allégations de discrimination au Bar Le Stud (Montréal)» (29 avril 2008), en ligne : [cdpdj.qc.ca<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/communiqués/index.asp?noeud1=1&noeud2=2&cle=0>](http://www.cdpdj.qc.ca/fr/communiqués/index.asp?noeud1=1&noeud2=2&cle=0)).

la vie privée et le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes ne s'est pas avéré chose facile.

En 1992, un tribunal de la Pennsylvanie a été saisi en appel d'une affaire où la Commission des droits de la personne avait conclu que des centres de conditionnement physique avaient fait preuve de discrimination en refusant de compter des hommes au sein de leur clientèle²⁷⁵. Les juges de la majorité ont renversé la décision de la Commission après que les centres de conditionnement physique soient parvenus à démontrer que la présence d'hommes dans leurs établissements aurait pour effet d'embarrasser les femmes qui s'y entraînent et pourrait, par conséquent, nuire aux affaires de leurs entreprises. L'absence totale de préjudice pour les hommes ainsi exclus a aussi eu un impact majeur sur leur décision. Pour leur part, les juges dissidents auraient rejeté l'appel parce le droit à la vie privée ne protège pas les femmes qui se livrent à une activité physique où elles n'ont pas à exposer les parties plus intimes de leur corps. Le même point de vue a plus tard été exprimé par la Cour supérieure du Massachusetts :

Here, the putative privacy right is only the right to exercise in a same-sex facility. No private information is being disclosed, and no highly personal or intimate facts are being revealed. The only basis for the claimed right is the exposure of one's clothed anatomy while exercising.

[...]

Because this Court concludes that there is no legitimate privacy interest to be recognized or protected which would excuse the discriminatory exclusion of males in violation of the public accommodations statute, the inquiry need not go further.²⁷⁶

275. *Livingwell (North) Inc. and Four Corners Health Clubs v. PA Human Relations Comm'n.*, 147 Pa. Commw. 116.

276. *Foster v. Back Bay Spas, Inc. dba Healthworks Fitness Center*, (1997) Mass. Super. LEXIS 194.

Tôt ou tard, les tribunaux du Québec pourraient vraisemblablement être appelés à soumettre les centres de conditionnement physique pour femmes au test des articles 10, 12 et 15 de la *Charte québécoise*. Les considérations suivantes devraient être intégrées à leur réflexion. Premièrement, abstraction faite des situations où il y a contact ou dévoilement possible des parties intimes et où l'ordre public commande de séparer les gens sur la base du sexe, il n'est pas certain que le droit à la vie privée englobe celui de faire de l'exercice physique à l'abri du regard des personnes de sexe opposé. Deuxièmement, l'exclusion ne sera pas chaque fois sans préjudice. Parce qu'il est situé près de chez lui, que l'abonnement est peu dispendieux ou que les équipements sont modernes, un homme peut avoir avantage à s'inscrire à un centre de conditionnement physique qui se veut réservé aux femmes. Ainsi, l'impossibilité de le faire lui causerait préjudice. Troisièmement, il est bien établi que les préférences de la clientèle et des raisons économiques ne peuvent servir de moyens de défense dans le contexte des articles 12 et 15. Enfin, il n'est pas certain que l'exclusion totale des hommes soit la seule façon raisonnable de respecter le besoin d'intimité des femmes. Par exemple, il nous semble qu'une répartition de l'espace et du temps d'utilisation des appareils sur la base du sexe permettrait d'atteindre le résultat souhaité tout en évitant que les hommes ne subissent un préjudice.

b) Les bars gais

Au printemps 2007, un tribunal civil et administratif d'Australie a été saisi d'une requête présentée par un bar gai qui souhaitait être exempté d'une disposition prohibant la discrimination dans l'accès aux services ordinairement offerts au public²⁷⁷. Le tenancier de l'établissement voulait pouvoir poser les gestes suivants :

- to refuse or restrict entry to the Peel Hotel Pty Ltd at 113 Wellington Street Collingwood to people who do not

277. *Peel Hotel Pty Ltd (Anti Discrimination Exemption)*, [2007] VCAT 916.

identify as homosexual males where to allow entry or unrestricted entry would, in the opinion of the applicant, its agent or employee, adversely affect the safety or comfort of the venue for its homosexual male patrons, or the nature of that venue as a venue primarily for homosexual male patrons; and

- to advertise those matters.

En l'espèce, le bar était ouvert depuis plusieurs années et s'adressait déjà à une clientèle homosexuelle masculine. Les personnes hétérosexuelles ou lesbiennes étaient, toutefois, de plus en plus nombreuses à le fréquenter. Selon le tenancier de l'établissement, leur présence croissante avait pour effet de nuire à l'atmosphère, d'autant plus que certaines d'entre elles s'y rendaient pour insulter, humilier et même agresser physiquement les hommes homosexuels présents. C'est pour remédier à cette situation que l'exemption avait été réclamée :

The Peel does not wish to have an all-male or all-gay male environment. It simply wishes to preserve its primarily gay male environment and its non-threatening atmosphere in which gay males can feel comfortable to express affection, physical intimacy or sexuality in a way that will not make them a target of derision, hostility or criticism and where that behavior might, if expressed in a mixed sex venue, lead to that hostility, derision or criticism.²⁷⁸

C'est donc pour éviter la présence de trouble-fête dans l'établissement et pour permettre aux hommes homosexuels d'avoir un lieu où fraterniser sans risquer d'être dénigrés, ridiculisés ou brutalisés que le tribunal a autorisé le tenancier du bar à trier sa clientèle sur la base de l'orientation sexuelle.

Contrairement à la loi appliquée par le tribunal australien, la *Charte des droits et libertés de la personne* n'offre aucune voie de recours au particulier qui souhaite être exempté de l'application de l'une de ses dispositions. Qui plus est, la clause justificative de l'article 9.1 ne trouve pas application en matière

278. *Ibid.*, au para. 16.

d'égalité. À moins d'être dans une situation visée par les articles 20 et 20.1, la seule échappatoire pour le fournisseur de services consiste donc à démontrer qu'il lui est impossible de composer avec la personne victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. Or, il est peu probable que de tolérer la présence dans son établissement d'une personne respectueuse des autres clients puisse constituer une contrainte excessive. La situation est évidemment tout autre lorsque la personne qui réclame un accommodement sème la pagaille dans l'établissement. Dans ces circonstances, le fournisseur de services est autorisé à l'expulser et à lui interdire un nouvel accès. La Charte prohibe la discrimination fondée sur un motif énoncé à l'article 10, mais ne brime en rien le droit d'un propriétaire de bar d'assurer la sécurité (art. 1) et le respect (art. 4) de sa clientèle. Dans une affaire où le tenancier d'un bar avait voulu interdire l'accès à son établissement à toute personne autochtone au motif que des personnes de cette origine ethnique y avaient provoqué des bagarres, le Tribunal des droits de la personne a fait les distinctions suivantes :

Par ailleurs, comme le souligne le portier Renaud, il eut été loisible au défendeur Michel Blais d'établir une politique d'exclusion des personnes susceptibles de briser la quiétude du bar et d'assurer ainsi la sécurité de la clientèle, blanc comme autochtone, le cas échéant.

Les «mauvaises expériences antérieures» avec une catégorie de personnes identifiables par un motif interdit de discrimination ne sauraient justifier le refus généralisé de personnes appartenant au même groupe.²⁷⁹

En somme, ce n'est pas tant l'orientation sexuelle que le comportement de la personne qui devrait être pris en compte au moment de déterminer si l'accès à un bar gai doit lui être accordé ou refusé.

279. *Blais, supra* note 133 [renvoi omis].

CONCLUSION

Vu sa nature quasi constitutionnelle, la *Charte des droits et libertés de la personne* doit recevoir une interprétation large et libérale «de manière à réaliser les objets généraux qu'elle soutend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières.»²⁸⁰ En matière d'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public, cette approche interprétative a conduit les tribunaux à adopter une définition large des termes «biens», «services» et «lieux publics», employés par le législateur dans la rédaction des articles 12 et 15. Ces dispositions ont, toutefois, aussi fait l'objet de décisions restrictives. D'une part, en donnant à la notion d'«acte juridique» la même signification qu'en droit civil, les tribunaux ont restreint le champ d'application de l'article 12 d'une manière telle que la garantie d'égalité est désormais moins grande au Québec que dans les autres provinces canadiennes. D'autre part, l'application des critères élaborés par la Cour suprême du Canada pour déterminer si un bien ou un service fait partie de ceux qui sont «ordinairement offerts au public» soulève des difficultés. En somme, il n'est pas toujours aisé pour la victime de discrimination d'établir qu'un bien ou un service entre dans le champ d'application des articles 12 et 15.

Une fois établi que le bien ou le service est visé par la garantie d'égalité, un renversement du fardeau de la preuve s'opère. Il incombe alors au fournisseur de ce bien ou de ce service de démontrer que l'acte discriminatoire qui lui est reproché est inévitable en ce sens qu'il lui serait impossible de composer avec la personne victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. En d'autres termes, le fournisseur doit établir que toute mesure d'accommodement serait déraisonnable ou irréaliste²⁸¹. En matière d'accès aux biens et aux services généralement offerts au public, rares sont les cas où le tribunal conclut à la présence d'une contrainte excessive.

280. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 au para. 42.

281. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 130.

Éventuellement, les tribunaux seront appelés à décider si les articles 12 et 15 font obstacle au désir de certains groupes minoritaires d'avoir des services qui leur soient exclusivement réservés. Tel est le cas selon nous. Certes, il peut être justifié, voire nécessaire que les gouvernements prennent parfois des mesures positives pour aider un groupe bien ciblé à atteindre une égalité dite réelle. Par contre, autoriser tous les fournisseurs de biens ou de services à choisir leur clientèle sur la base d'un motif de discrimination illicite présenterait de sérieux risques de dérapage et serait contraire à l'esprit des Chartes. Les outils de protection des droits de la personne visent à protéger les personnes vulnérables, y compris contre «leur propre faiblesse ou leur propre ignorance»²⁸². En ce sens, prémunir les minorités contre la tentation d'opter pour la solution facile consistant à vivre dans un monde parallèle, où elles forment une majorité factice, fait partie de la mission des tribunaux chargés de leur application. Pour diverses raisons qui ne relèvent pas du droit, les membres des minorités auront souvent tendance à fréquenter les mêmes lieux et à consommer les mêmes biens et les mêmes services. D'une manière tout à fait licite, par exemple au moyen d'une publicité bien ciblée, un fournisseur de services peut d'ailleurs rechercher particulièrement leur clientèle. Toutefois, lorsqu'une personne qui ne présente pas les mêmes caractéristiques personnelles souhaite aussi bénéficier du service, elle doit pouvoir le faire, sans quoi il y aura discrimination injustifiée.

282. Philippe Frumer, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001 à la p. 308.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA GESTION ÉCONOMIQUE DE L'EAU SOUTERRAINE PAR LE DROIT
DE PROPRIÉTÉ AU QUÉBEC

Auteur(s) : Hugo TREMBLAY

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **483-539**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA GESTION ÉCONOMIQUE DE L'EAU SOUTERRAINE PAR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ AU QUÉBEC

par Hugo TREMBLAY^{*}

Le caractère épuisable de l'eau de même que l'accroissement des usages anthropiques et de la pollution provoquent une raréfaction des ressources hydriques. L'approche économique est fréquemment présentée comme un moyen d'améliorer la gestion de la ressource. Ce texte propose une étude de la relation entre la gestion économique et la propriété de la ressource. L'eau souterraine est plus particulièrement visée compte tenu des liens traditionnels qui l'unissent à la propriété au Québec. Dans un premier temps, ce texte établit que la propriété permet effectivement la gestion économique de l'eau au niveau théorique. Ainsi, dans la mesure où la propriété permet d'appréhender l'eau souterraine, elle permet sa gestion économique. Cependant, une étude attentive du cadre juridique relatif à la propriété démontre que l'eau souterraine n'est jamais l'objet de quelque type de propriété au Québec, qu'elle soit privée, commune ou publique. L'eau souterraine est plutôt une chose commune qui se soustrait au droit de propriété. La gestion économique de l'eau souterraine par le biais de la propriété est donc impossible au Québec.

The constant increase in anthropogenic uses compounded by pollution and modifications in hydrological patterns due to climate change lead to water resources scarcity. In this context, economic management is often portrayed as a means for improved water governance. This article studies the relationship between economic management and property ownership over water resources. Groundwater is the specific focus of discussion given that it is traditionally perceived as an object of private property in Quebec. First, it is established that property can indeed provide a legal framework for economic management of water resources at the theoretical level. Hence, inasmuch as it applies to groundwater, property allows for economic management of the resource in Quebec. However, the study of the legal framework related to property demonstrates that groundwater is never an object of ownership, whether private, public or common. Rather, groundwater is a res communis. As a result, economic management of groundwater through property rights is impossible in Quebec.

^{*}. Étudiant au doctorat, UNESCO Centre for Water Law, Policy and Science.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	485
1. LA GESTION ÉCONOMIQUE PAR LA PROPRIÉTÉ	489
1.1. Le cadre hydrogéologique.....	489
1.2. Le cadre théorique relatif à la gestion économique par la propriété	493
1.3. La relation entre la propriété et l'eau souterraine dans le contexte québécois.....	499
2. LA PROPRIÉTÉ ET L'EAU SOUTERRAINE.....	506
2.1. La propriété privée et l'eau souterraine	506
2.2. La propriété commune : modalités et démembrements de la propriété privée	515
2.3. La propriété de l'eau souterraine et l'État	519
2.4. L'eau souterraine : <i>res communis</i>	527
CONCLUSION	537

INTRODUCTION

L'eau douce est une ressource cruciale. Bien que son renouvellement progressif soit assuré par le cycle hydrologique, la quantité d'eau douce est limitée. L'accroissement constant des usages anthropiques et de la pollution réduit les volumes d'eau disponibles. Dans ce contexte, la gestion des ressources hydriques fait face à d'importants défis¹. Une piste de solution fréquemment avancée afin d'améliorer la gestion de l'eau repose sur l'approche économique : puisqu'elle est une ressource dont la rareté augmente, l'eau douce peut être considérée comme un bien économique qui requiert une gestion plus efficace². À cet égard, le principe N°4 de la Déclaration de Dublin fait souvent office de référence :

Past failure to recognize the economic value of water has led to wasteful and environmentally damaging uses of the resource. Managing water as an economic good is an important way of achieving efficient and equitable use, and

-
1. Malin Falkenmark, «Water Scarcity – Challenges for the Future» (1997) 21 dans Edward Brans, Esther de Haan, André Nollkaemper & Jan Rinzema, éd., *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Responses*, International Environmental Law and Policy Series, London, Kluwer Law International, résume ainsi les facteurs contribuant aux défis liés à la gestion de l'eau: «First, the world population is growing at an explosive rate, in particular in the regions where water is scarce for hydroclimatic reasons. [...] Secondly, as quality of life increases along with socio-economic development and successful poverty eradication, demands on water may be expected to increase for household purposes, for industrial activities and generation of employment, and for raising food security in drought-prone low yield agriculture. Thirdly, in spite of at least three decades of efforts to reduce the symptoms of waste mismanagement and the outflow of pollutants to the atmosphere, to landscape and to water bodies, water pollution tends to expand rather than shrink. This reduces the usable amount.»
 2. Antoinette Hildering, «Water as an Economic Good» (2005) 209 dans Laurence Boisson de Chazournes & Salman Salman, éd., *Les ressources en eau et le droit international*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

of encouraging conservation and protection of water resources.³

Au Québec, la gestion économique de l'eau fait présentement l'objet de réflexions substantielles⁴. Le Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (ci-après «MDDEP») a produit en 2004 un document d'orientation portant sur l'instauration d'un système de redevances sur l'eau qui vise à appliquer le principe d'utilisateur-payeur et à permettre la récupération, auprès des utilisateurs de l'eau, d'une partie des coûts publics et sociétaux de conservation et de restauration des ressources hydriques⁵. Par ailleurs, les médias ont récemment mentionné la possibilité d'une Bourse de l'eau à Montréal⁶.

Le droit fait désormais écho à cette tendance en matière de gestion de l'eau. La *Loi sur la qualité de l'environnement* (ci-après «LQE») prévoit actuellement que le gouvernement peut adopter des règlements pour mettre en place des instruments économiques, notamment des permis négociables ou des redevances liées à l'utilisation et la gestion de l'eau⁷. L'engagement en faveur d'une

-
3. *Déclaration de Dublin*, Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, Dublin, janvier 1992, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.wmo.ch/pages/prog/hwrrp/otherdoc.html> (consultée le 15 juillet 2008). La Déclaration de Dublin était considérée comme un document préparatoire au Sommet de la Terre de Rio de Janeiro qui eut lieu en 1992. Son objectif était de préciser les modalités d'une saine gestion des ressources hydriques dans le cadre de la mouvance liée au développement durable et issue du Rapport Brundtland.
 4. Voir par exemple, La Jeune Chambre de commerce de Montréal, «L'eau : une richesse à conserver et à gérer de façon durable pour le développement du Québec», Montréal, JCCM, 2007 aux pp. 19 et s.
 5. Voir Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, *Bilan annuel 2005-2006 de la mise en oeuvre de la Politique nationale de l'eau du gouvernement du Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, p. 33.
 6. Vincent Brousseau-Pouliot, «L'OCDE propose une Bourse de l'eau», *La Presse*, (11 juin 2008) p. 1 du cahier des affaires.
 7. Article 31 al.1 §e.1 LQE, L.R.Q., c. Q-2. Ce pouvoir de réglementer a été introduit dans la LQE par la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement*, L.Q., 2001, c. 59. Depuis une modification subséquente

gestion économique des ressources hydriques est précisé par le *Projet de Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection* (ci-après «*Projet de loi n°92*»)⁸. Le *Projet de loi n°92* énonce notamment le principe de l'utilisateur-payeur, qui impliquerait que les coûts liés à l'utilisation des ressources en eau soient assumés par les utilisateurs⁹. De plus, la mise en œuvre du principe de réparation pourrait être liée à une évaluation monétaire de l'altération des propriétés physiques, chimiques ou biologiques, du potentiel écologique, ou de l'état quantitatif des ressources en eau¹⁰. Finalement, le *Projet de loi n°92* rendrait cessibles les autorisations de prélèvement de l'eau souterraine alors qu'elles ne le sont pas à l'heure actuelle¹¹.

Cependant, l'existence d'un cadre juridique rendant possible la gestion économique de l'eau peut être envisagée sans même tenir compte d'instruments statutaires spécifiques. Le droit de propriété est perçu comme une structure juridique permettant la gestion économique de l'eau depuis longtemps. Si le droit de propriété peut appréhender la ressource hydrique et s'y appliquer, les fondements d'un mécanisme de marché sont établis. Ainsi,

introduite par la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement et autres dispositions législatives*, L.Q., 2002, c. 53, les droits ou redevances perçus suite à la mise en œuvre d'un tel règlement doivent être versés dans un fond prévu par la *Loi sur le Ministère du Développement Durable, de l'Environnement et des Parcs*, L.R.Q., c. M-30.001 (ci-après «*LMDDEP*»). Selon l'article 15.2 LMDDEP, le Ministre veille à ce que les sommes ainsi versées soient affectées au financement de mesures prises pour assurer la gouvernance de l'eau, entre-autres pour la conserver en qualité et en quantité suffisantes dans une perspective de développement durable.

8. Le récent projet de *Règlement sur la déclaration obligatoire des prélèvements d'eau* est présenté comme une étape supplémentaire du processus de mise en œuvre d'un cadre de gestion économique des ressources hydriques. Le projet n'est pas encore publié dans la *Gazette Officielle* mais est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/consultation/prelevements/reglement_adm.pdf (consultée le 1^{er} novembre 2008).
9. *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, P.L. 92, 2008, 1^{re} sess, 38^e lég., Québec, art. 4.
10. *Projet de loi no 92*, art. 6-9.
11. *Projet de loi no 92*, art. 17-31.84.

dans la mesure où il est possible d'être propriétaire d'un volume d'eau auquel s'appliquent également d'éventuels instruments statutaires de gestion économique, deux cadres juridiques visant le même objet pourraient se chevaucher¹². Une telle situation pourrait notamment entraver l'articulation cohérente et l'application optimale des mécanismes statutaires d'allocation des eaux souterraines.

Cette étude a pour objectif d'explorer la relation entre la gestion économique de l'eau et la propriété de la ressource au Québec. À cette fin, l'eau souterraine est utilisée comme exemple puisqu'elle est fréquemment présentée comme un objet de propriété, contrairement à l'eau de surface¹³. Les nombreux instruments statutaires qui peuvent exercer une influence importante sur l'exercice du droit de propriété à l'égard de la ressource sont exclus du champ de l'étude afin de cibler spécifiquement l'interaction entre la propriété et la gestion économique¹⁴. Pour déterminer si le droit de propriété permet effectivement la gestion économique de l'eau souterraine à l'état naturel au Québec, il est d'abord nécessaire d'analyser comment la propriété de la ressource est liée à la gestion économique (1.), et ensuite comment le droit de propriété appréhende l'eau souterraine (2.).

-
12. À cet égard, l'article 1 du *Projet de loi n°92* énonce que l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui ne peuvent être appropriées sauf lorsque la loi, et notamment le Code civil, le permet.
 13. Aux fins de la présente étude, la définition de l'eau souterraine exclut les eaux se trouvant sous terre dans des citernes, conduits et autres contenants créés par l'être humain.
 14. Sont notamment exclus du champ d'étude le *Règlement sur le captage des eaux souterraines*, D.696-2002, 12 juin 2002, G.O.Q. II N°24A, p. 3539 [R.Q., c. Q-2, r.1.3], et la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q. c. P-41.1 (ci-après «LPTAA»). Ces deux instruments juridiques peuvent subordonner l'utilisation de l'eau souterraine à des autorisations dans leurs champs d'application respectifs.

1. LA GESTION ÉCONOMIQUE PAR LA PROPRIÉTÉ

Pour déterminer comment la propriété est liée à la gestion économique de la ressource, il est d'abord nécessaire de comprendre le fonctionnement des systèmes hydrogéologiques. Cette partie commence donc par un bref survol des caractéristiques physiques de l'eau souterraine qui ont un impact sur sa gestion (1.1.). Ensuite, la relation entre la gestion économique de la ressource et le droit de propriété est établie au niveau théorique (1.2.). Finalement, les paramètres spécifiques au cadre juridique québécois qui permettent l'incarnation du cadre théorique sont identifiés (1.3.).

1.1. Le cadre hydrogéologique

Les caractéristiques physiques de la ressource imposent des contraintes fondamentales qui ont un impact important sur certains aspects de la gestion des eaux souterraines. En premier lieu, il importe de présenter un portrait sommaire de l'hydrogéologie puis d'identifier certaines caractéristiques de la ressource qui se répercutent sur sa gestion.

L'eau souterraine ne court pas en rivières le long de tunnels souterrains pour se jeter dans de vastes cavernes où se forment des lacs. Au Québec, l'eau souterraine est omniprésente dans le sol à faible profondeur. L'eau souterraine peut être définie simplement comme l'eau qui se trouve sous la surface du sol dans les pores, les interstices et les fractures des diverses formations géologiques¹⁵. L'eau souterraine s'infiltre dans le sol parce qu'il n'est pas parfaitement compact; les espaces existants dans les matières granulaires ou fracturées qui composent le sol sont occupés par l'eau de la même façon que l'eau imbibe une éponge. Une nappe d'eau souterraine se forme lorsque l'eau sature les espaces interstitiels de la matière solide qui compose le sol¹⁶. Une

15. Vishwambhar Prasad Sati, *Water resource management and perspectives*, Jaipur, Pointer Publishers, 2004, à la p. 175.

16. Les formations géologiques qui contiennent de l'air, c'est-à-dire qui ne sont pas saturées d'eau mais seulement humides, se trouvent en surface

nappe phréatique est une nappe d'eau souterraine suffisamment importante pour être captée de façon utile par un puits¹⁷.

Généralement, l'eau s'infiltre dans le sol à partir de la surface par l'effet de la gravité. Toutefois, sous l'influence de l'agencement et de la composition des formations géologiques, l'eau souterraine s'écoule principalement en direction horizontale. Toutes les formations géologiques qui composent le sol à moindre profondeur ne sont pas également perméables. Leur perméabilité dépend du type de matériel qui les compose¹⁸. Certaines d'entre elles sont pratiquement imperméables. Les formations géologiques imperméables sont désignées sous le terme d'aquitard, tandis que les formations géologiques perméables sont des aquifères. La disposition des aquifères et des aquitards dans le sol dicte l'écoulement de l'eau souterraine, que la gravité mène de l'amont d'une pente à l'aval : l'eau coule vers l'aval en suivant la pente de l'aquitard qui forme la limite inférieure de l'aquifère contenant la nappe souterraine¹⁹.

du sol et forment une couche d'épaisseur variable appelée zone vadose. L'eau contenue dans la zone vadose ne peut être captée utilement par un puits; seule l'eau souterraine d'une zone saturée peut l'être. Les nappes d'eau souterraine se trouvent sous la surface de saturation.

17. Henrik Rasmussen, Alain Rouleau et Sylvie Chevalier, dir., *Outils de détermination d'aires d'alimentation et de protection de captage d'eau souterraine*, 2^{ième} éd., Québec, Gouvernement du Québec, 2006 (ci-après «*Outils de détermination*»), à la p. 2-7.
18. Le degré de perméabilité des aquifères détermine la vitesse de circulation de l'eau dans le sol : Raynald Lacouline, dir., *Guide : les périmètres de protection autour des ouvrages de captage de l'eau souterraine*, Québec, Publications du Québec, 1995, à la p. 40. Par exemple, la vitesse de circulation de l'eau souterraine varie de plusieurs mètres par jour à quelques centimètres par siècle : Environnement Canada, *Les eaux souterraines, trésors cachés de la nature*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1993, à la p. 2.
19. La nappe d'eau souterraine dans un aquifère qui n'est pas recouvert d'un aquitard est une nappe libre. Lorsqu'un aquifère contenant une nappe d'eau souterraine est recouvert d'un aquitard, la nappe d'eau est dite captive ou semi-captive. Un tel aquifère est donc contenu entre deux aquitards qui forment son «plancher» et son «plafond». L'aquitard qui forme le «plafond» de l'aquifère empêche que la nappe captive soit rechargée par l'eau de surface dans la zone où il chevauche l'aquifère.

Les captages anthropiques exercent aussi une influence sur l'écoulement de l'eau souterraine. Autour d'un ouvrage de captage, il existe une aire d'alimentation dans laquelle toute l'eau souterraine s'écoule vers l'ouvrage pour y être captée. Le pompage de l'eau par un puits génère dans son voisinage une zone de dépression de la surface de la nappe phréatique en forme de cône : il s'agit du rabattement, qui augmente plus la distance par rapport à l'ouvrage de captage est petite²⁰.

Par ailleurs, en matière de gestion des eaux souterraines, deux contraintes fondamentales s'imposent. Premièrement, le sol contient une quantité finie d'eau souterraine en un moment donné. L'eau souterraine fait partie intégrante du cycle hydrologique, qui constitue un circuit fermé transférant en boucle un volume d'eau limité²¹. Bien que l'eau souterraine soit assez

Selon Gabriel Eckstein & Yoram Eckstein, «A Hydrological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law», (2003) Vol.19, *Am. U. Int'l L. Rev.*, 201, à la p. 212, et Marcella Nanni & Stephen Foster, «Groundwater resources : shaping legislation in harmony with real issues and sound concepts», (2005) Vol.7, *Water Policy*, 543 (ci-après «*Shaping legislation*»), à la p. 545, les nappes captives ne sont pas coupées de tout lien avec l'ensemble du cycle hydrologique mais en font partie intégrale. Elles sont rechargées par l'écoulement latéral de l'eau souterraine à partir de fenêtres de recharge où l'aquifère n'est pas recouvert par un aquitard, possiblement dans des zones très éloignées en amont hydraulique. Les nappes captives peuvent aussi se décharger dans les eaux de surface en aval.

20. Ce commentaire vise en particulier les ouvrages qui captent une nappe phréatique libre. Néanmoins, il est possible d'avancer, à l'instar de Stephen Foster, «Essential Concepts for Groundwater Regulators» dans Salman Salman, dir., *Groundwater : legal and policy perspectives*, Washington, World Bank, 1999, à la p. 21 (ci-après «*Essential concepts*»), que tout captage d'eau souterraine résulte en un rabattement d'une nappe d'eau souterraine sur une certaine surface.
21. Global Water Partnership Technical Advisory Committee, *Integrated Water Resources Management*, Stockholm, Global Water Partnership, 2000 (ci-après «*GWP IWRM*»), à la p. 14. L'eau souterraine provient de l'eau de pluie qui tombe au sol et s'y infiltre immédiatement, ou qui ruisselle à sa surface dans les cours d'eau et les lacs, ou s'accumule sous forme de neige et de glace avant de pénétrer le sol. Globalement, les masses terrestres reçoivent $36 \times 10^{12} \text{ m}^3$ sur une base annuelle d'eau provenant des océans. Un volume équivalent s'écoule des masses

abondante au Québec et que le stock disponible de la ressource se renouvelle, il en existe une quantité limitée²². Le volume maximal d'eau souterraine disponible en un moment précis aux niveaux local, régional et provincial constitue donc une contrainte fondamentale en matière de gestion de la ressource. La quantité d'eau souterraine disponible impose une limite inéluctable à l'augmentation des usages anthropiques des eaux souterraines. Une augmentation des usages anthropiques qui ne tient pas compte de cette limite entraîne une surexploitation de la ressource et provoque un stress hydrique²³.

Deuxièmement, la connaissance du système hydrogéologique est nécessairement approximative et imparfaite. Le système hydrologique est extrêmement complexe et une modélisation adéquate de la multitude de facteurs exerçant une influence sur l'eau souterraine dépasse les capacités techniques actuelles. L'eau souterraine provient de l'ensemble des sources de surface qui constitue la recharge. Les eaux souterraines s'écoulent dans les formations géologiques sur des distances variables, puis elles retournent à la surface sous l'action de la végétation, de l'être humain ou de l'écoulement naturel dicté par le milieu géologique. L'hétérogénéité géologique et les variations météorologiques ont un impact déterminant à cet égard, ce qui implique une marge d'incertitude significative restreignant la validité des modèles et

terrestres vers les océans à chaque année : François Anctil, Jean Rousselle & Nicolas Lauzon, *Hydrologie, cheminements de l'eau*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2005, aux pp. 2-5.

22. Traditionnellement, les réserves d'eau souterraine au Québec sont estimées à 200 000 000 000 m³ d'eau : Marcel Sylvestre & Claude Grenier, *L'eau souterraine, une ressource à exploiter*, Sainte-Foy, Gouvernement du Québec, 1987, à la p. 11. Depuis, cette estimation est généralement reprise.

23. Selon Ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec, *La problématique des eaux souterraines au Québec, Projet*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996 (ci-après «*La problématique des eaux souterraines*»), à la p. 16, la surexploitation peut causer l'abaissement graduel des niveaux d'eau souterraine, la diminution des débits des cours d'eau, des sources et des débits exploités par les ouvrages de captage, la réduction des zones marécageuses, la dégradation de la qualité de l'eau et l'affaissement des sols.

des études scientifiques en matière d'hydrogéologie²⁴. De plus, en faisant résurgence dans les eaux de surface, l'eau souterraine permet le maintien du régime hydrique et assure la santé des écosystèmes²⁵. La modification d'un paramètre dans le cycle hydrologique entraîne donc des conséquences innombrables dont il est impossible de prévoir avec certitude les impacts sur les multiples usages anthropiques et environnementaux de l'eau. En somme, la portée et l'efficacité des outils scientifiques relatifs aux eaux souterraines restent limitées compte tenu de l'ampleur et de la complexité du système hydrologique et des écosystèmes qui en dépendent.

1.2. Le cadre théorique relatif à la gestion économique par la propriété

Il existe plusieurs façons de concevoir la gestion économique de l'eau. Toutes les approches économiques de la gestion de la ressource ne sont pas liées au droit de propriété. Ainsi en est-il de la tarification de l'approvisionnement en eau potable par aqueduc, qui n'implique pas que les usagers du service disposent d'un droit de propriété sur l'eau qu'ils consomment. En fait, la tarification des quantités d'eau utilisées à différentes fins reflète souvent une approche économique de nature comptable qui vise la récupération des coûts engendrés par l'usage de la ressource. Les approches économiques de la gestion de la ressource indépendantes du droit de propriété ne font pas l'objet de cette étude, qui a pour objet exclusif le lien entre la propriété de la ressource et la gestion économique.

La théorie micro-économique orthodoxe veut que l'assignation d'une valeur monétaire à l'eau permette de parvenir à

-
24. Alfonso Rivera, «How Well Do We Understand Groundwater in Canada? A Science Case Study» dans Linda Nowlan, *Buried Treasure. Groundwater Permitting and Pricing in Canada*, Toronto, Walter & Duncan Gordon Foundation, 2005, 4 à la p. 7 (ci-après «A Science Case Study»).
25. Les interactions entre les eaux de surface et les eaux souterraines sont importantes au point que les deux types de ressource sont souvent indissociables : *Outils de détermination*, *supra* note 17, à la p. 2-2 et p. 6-7.

un prix qui égalise les coûts et les bénéfices marginaux pour ses utilisateurs par l'opération des mécanismes de marché afin d'atteindre l'efficacité économique et de maximiser la somme des bénéfices tirés de l'usage de la ressource²⁶. Selon ce raisonnement, si la valeur économique d'un volume d'eau est supérieure lorsque la ressource est utilisée à une fin particulière plutôt qu'à une autre, le marché se charge d'allouer l'eau à cette fin pour maximiser la richesse globale tirée de l'utilisation de la ressource²⁷. Par exemple, si les bénéfices marginaux tirés d'un volume d'eau additionnel sont de 10\$ lorsque la ressource est utilisée à des fins industrielles mais seulement de 9\$ lorsqu'utilisée à des fins agricoles, une gestion économique efficace requiert l'allocation des volumes d'eau à des fins industrielles plutôt qu'agricoles tant qu'il existe une différence de valeur entre les bénéfices marginaux respectifs²⁸. Autrement dit, la gestion de l'eau en tant que bien économique est alors un moyen d'allocation qui vise à répartir la ressource de façon efficace entre différents usages anthropiques en fonction de son utilité – c'est-à-dire de sa valeur économique – auprès de ceux-ci.

Selon cette hypothèse, il semble que l'efficacité économique soit maximisée par l'opération d'une structure institutionnelle de marché : «no institutional form can do a better job of advancing

26. Voir notamment Frank Ward, «Decision support for water policy : a review of economic concepts and tools», (2007) Vol. 9, *Water Policy*, 1; Ronald Griffin, *Water resource economics: the analysis of scarcity, policies and projects*, Cambridge, MIT Press, 2006 (ci-après «*Water resource economics*»), aux pp. 11-56; Nicolas Spulber & Asghar Sabbaghi, *Economics of Water Ressources : From Regulation to Privatization*, 2^{ème} éd., Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1998, aux pp. 1-72; David Batten, «Can economists value water's multiple benefits?», (2007) Vol.9, *Water Policy*, 345.

27. Selon Terry Anderson & Pamela Snyder, *Water Markets: Priming the Invisible Pump*, Washington, Cato Institute, 1997, à la p. 18: «In the traditional approach, good resource allocation is supposed to come from a careful weighting of the additional (marginal) benefits of employing a resource in one use relative to the additional (marginal) cost of not using it elsewhere.»

28. *Ibid.*

economic efficiency than markets»²⁹. Or, l'existence d'un marché dépendrait de l'existence d'une structure juridique spécifique : la propriété privée³⁰. Selon la théorie libérale, «[p]rivate property rights are the basic building blocks of economic freedom»³¹. Comme pour l'ensemble des autres biens soumis à l'économie de marché, le fonctionnement d'un marché visant la gestion économique de l'eau dépendrait aussi de l'existence de droits de propriété sur la ressource, c'est-à-dire de la reconnaissance juridique de l'appropriation de l'eau par ses utilisateurs :

To the extent that water rights are allowed to become real and personal property and to the extent that they are transferable, it would be possible to rely on the market and individual decision-making to allocate water resources to 'their highest use'. The argument for treating water rights in this fashion are the same as those justifying the market process and individual decision-making in the use of all our resources, i.e., when they provide for maximum production and efficiency consistent with individual freedom of choice.³²

Ainsi, la reconnaissance de l'eau en tant que bien économique et en particulier l'opération du marché pour son allocation sont étroitement liées au cadre juridique de gestion de la ressource, et plus particulièrement au droit de propriété. Par ailleurs, il est généralement avancé que les droits de propriété applicables à l'eau doivent cumuler les principales caractéristiques suivantes³³ : définir et établir précisément la

29. *Water resource economics*, *supra* note 26, à la p. 203.

30. Voir Friedrich von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Londres, Routledge, 2006, aux pp. 122-124, et John Chapman, «Justice, Freedom and Property» dans Roland Pennock & John Chapman, *Property. Nomos XXII*, New York, New York University Press, 1980, 289, p. 313.

31. Walter Block, «Private Property Rights, Economic Freedom and Professor Coase : A Critique of Friedman, McCloskey Medema, and Zorn», (2003) Vol.26 N°3, *Harv. J. of L. & Public Pol.*, 923, à la p. 923.

32. J.W. Milliman, «Water Law and Private Decision Making: A Critique», (1959) Vol.2, *J. of L. & Econ.*, 41, à la p. 45.

33. Voir notamment William Easter, Mark Rosegrant & Ariel Dinar, dir., *Markets for water: potential and performance*, New York, Kluwer Academic

quantité et la qualité d'eau sujette au droit de propriété; rompre les liens juridiques entre les droits de propriété de l'eau et les droits de propriété du sol de façon à ce que les uns soient indépendants des autres; permettre le transfert des droits de propriété sur l'eau d'une personne à l'autre contre compensation économique; être permanents ou valides sur une période suffisamment longue pour avoir une réelle valeur par rapport à des acheteurs potentiels; être protégés par l'Administration et les tribunaux, ce qui implique que les droits de propriété sur l'eau soient opposables aux tiers et, le cas échéant, justiciables.

D'emblée, cette présentation sommaire des principes relatifs à la gestion de l'eau en tant que bien économique par l'intermédiaire des mécanismes du marché et de la propriété suscite un constat : au Québec, la structure afférente au droit commun de la propriété prévu par le *Code civil du Québec* (ci-après «CCQ») peut fournir un cadre juridique qui rende possible la gestion économique de l'eau en lui allouant une valeur monétaire basée sur son coût marginal³⁴. Le droit de propriété prévu par le CCQ correspond d'ailleurs à la définition libérale maximaliste de la

Publishers, 1998; Mateen Thobani, «Formal Water Markets: Why, When, and How to Introduce Tradable Water Rights», (1997) Vol.12 No2, *World Bank Research Observer*, 161; William Easter, Mark Rosegrant & Ariel Dinar, «Formal and Informal Markets for Water: Institutions, Performance and Constraints», (1999) Vol.14 N°1, *World Bank Research Observer*, 99 (ci-après «*Formal and Informal Water Markets*»); Carter Ruml, «The Coase Theorem and Western U.S. Appropriative Water Rights», (2005) Vol.45, *Nat. Resources J.*, 169; Miguel Solanes, «Institutional and Legal Issues Relevant to the Implementation of Water Markets», 69, dans Salman Salman, dir., *Groundwater. Legal and Policy Perspectives*, Washington, World Bank, 1999; Larry Simpson, «Conditions for successful water marketing», 97, dans Guy Le Moigne, William Easter, Walter Ochs & Sandra Giltner, *Water Policy and Water Markets*, Washington, World Bank, 1992; *Water resource economics*, *supra* note 26, aux pp. 203-242.

34. Voir les articles 947 et 952 C.c.Q., L.Q., 1991, c. 64. Pour les caractéristiques et attributs de la propriété en droit québécois, voir Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 5^{ième} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 (ci-après «*Biens et propriété*»), aux pp. 153-157.

propriété³⁵. Ce constat est confirmé par l'observation : le droit commun de la propriété fournit le cadre légal nécessaire à l'opération des mécanismes de l'offre et de la demande pour l'eau embouteillée, qui est soumise à un prix en fonction du marché à partir de la transaction qui suit son embouteillage. Les trois composantes essentielles de ce droit de propriété sont : 1) la sécurité du titre qui est assurée par la permanence et l'exclusivité du droit de propriété de même que par l'opération des pouvoirs judiciaires et exécutifs de l'État; 2) sous réserve des exigences réglementaires applicables, l'importante autonomie du titre sur un volume clairement défini d'eau, et notamment son indépendance de tout droit de propriété immobilière; 3) la capacité de disposer du bien librement afin de le faire fructifier ou d'en tirer profit, qui se traduit par l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. *A priori*, le droit commun de la propriété peut donc satisfaire les caractéristiques requises pour l'opération d'un marché économique de l'eau lorsqu'il s'applique à la ressource.

L'analyse de la gestion économique de l'eau souterraine par la propriété que propose la présente étude est effectuée dans ce contexte. Dès lors, il s'agit d'établir que l'eau souterraine est soumise au droit de la propriété au Québec pour conclure que sa gestion économique est ainsi rendue possible, abstraction faite du droit statutaire. Cependant, une dernière ambiguïté doit être écartée avant de poursuivre la réflexion. Le chevauchement des domaines économique et juridique engendre des glissements sémantiques. La littérature économique identifie généralement comme droit de propriété tout droit d'usage de l'eau correspondant aux caractéristiques qui sont détaillées plus haut, quelque soit la qualification juridique de ce droit. Ainsi, un droit d'usage qui permet l'utilisation de l'eau souterraine grâce à l'obtention d'une licence et qui résulte de la mise en œuvre d'instruments statutaires peut être considéré, d'un point de vue économique, comme un droit de propriété sur l'eau s'il répond aux critères requis. Toutefois, cette étude emprunte principalement une

35. Voir Tony Honoré, *Making Law Bind, Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon Press, 1987, aux pp. 165-179.

approche juridique; elle se restreint à l'analyse de la relation entre la gestion économique et les artefacts juridiques qui peuvent effectivement être catégorisés comme droit de propriété. Pour les fins de l'étude, l'ensemble des formes juridiques de la propriété dont l'impact en matière de gestion économique est analysé se restreint aux archétypes suivants :

- le libre accès, c'est-à-dire l'absence de droits de propriété clairement définis sur la ressource. Ceci est largement le cas pour les océans ou l'atmosphère;
- la propriété privée permet d'exclure les non-titulaires de l'usage de la ressource grâce, le plus souvent, à la puissance publique qui en reconnaît et garantit la légitimité. Les droits appartiennent soit à une personne privée, soit à une personne morale. En outre, la propriété privée confère des droits exclusifs et transférables à autrui ce qui la différencie radicalement du libre accès;
- la propriété commune est possédée par une communauté clairement définie d'utilisateurs interdépendants qui à la fois excluent les non-titulaires et définissent les règles d'utilisation. À l'intérieur de la communauté, les droits ne sont ni exclusifs, ni transférables. Le plus souvent, il s'agit d'un accès égal à la ressource[...] Les droits du groupe peuvent faire l'objet d'une reconnaissance officielle par les pouvoirs publics ou simplement *de facto*;
- la propriété publique implique que la puissance publique détient l'ensemble des droits sur la ressource et définit les modalités d'accès et d'exploitation. En outre, à la différence de la propriété privée, les pouvoirs publics détiennent le pouvoir de police. Enfin, la propriété publique ne fait généralement pas l'objet de transaction sur un libre marché.³⁶

Cette typologie a l'avantage de présenter les différentes formes de propriété potentiellement applicables aux eaux

36. Max Falque, «Des droits de propriété sur l'eau, pourquoi pas?» dans Max Falque & Michel Massenet, dir., *Droits de propriété, économie et environnement. Les ressources en eau*, Paris, Dalloz, 2000, 1 à p. 6.

souterraines de façon limpide, et de délimiter les contours de l'étude juridique de la gestion économique de la ressource par la propriété. Cependant, cette typologie repose sur des simplifications qui font abstraction de certaines possibilités et des formes particulières du droit québécois. La prochaine sous-partie a pour objet de présenter les paramètres spécifiques au cadre juridique québécois qui constituent le contexte de l'étude.

1.3. La relation entre la propriété et l'eau souterraine dans le contexte québécois

Au Québec, le droit commun de la propriété est prévu par le CCQ. L'étude de la relation entre la propriété et l'eau souterraine est fortement tributaire du droit civil.

L'eau souterraine est un objet matériel concret. Pour offrir une structure juridique permettant la gestion de l'eau souterraine, le droit civil doit qualifier la ressource comme un bien³⁷. Or, un bien est une chose qui est appropriée ou susceptible de l'être³⁸. Par ailleurs, le droit civil québécois ne peut appréhender la relation entre la personne et la ressource que par l'intermédiaire des droits réels³⁹. Tous les droits réels sont conçus à partir de la

37. Voir Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 (ci-après «*Introduction au droit des biens*»), à la p. 30. Seul le livre troisième du C.c.Q., «Des biens dans leur rapports avec ceux qui y ont des droits et qui les possèdent», offre au droit civil une façon de traiter la ressource. L'article 911 C.c.Q. en présente un panorama complet. La lecture de cet article et la structure du C.c.Q. confirment que le droit civil ne peut fournir un traitement juridique détaillé de l'eau souterraine que si elle est un bien. D'ailleurs, le *Code Napoléon*, dont est issu le C.c.Q., ne se préoccupe que des *res singulorum*, soit les objets susceptibles de propriété privée : Antoine Frenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück, Otto Zeller Verlag, 1968, Tome 11, aux pp. 39-40.

38. Gil Rémillard, *Code civil du Québec : commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec*, Montréal, Publications DAFCO, 1993 (ci-après «*Commentaires du ministre*»), à p. 306.

39. *Simoneau c. Berthiaume*, [1998] R.D.I. 373 (C.A.) (ci-après «*Simoneau c. Berthiaume*»), à la p. 376. Notons qu'il n'est pas possible d'écarter *a priori*

propriété privée⁴⁰. Pour y parvenir, il suffit soit de décomposer la propriété et d'en modifier le contenu, soit de ne retenir que certains aspects de son régime juridique⁴¹. Les droits réels procèdent de la propriété parce qu'elle contient en germe l'ensemble des services et utilités susceptibles d'être tirés d'un bien⁴².

Si elle est possible, la propriété de l'eau souterraine permet le contrôle le plus complet de la ressource. En particulier, le droit de propriété est un mode de relation par rapport à un bien qui emporte le droit d'en user, d'en tirer des revenus, et d'en disposer de façon exclusive, perpétuelle, absolue⁴³. Il consacre la liberté d'agir du propriétaire, dont la volonté constitue l'élément moteur essentiel du droit des biens⁴⁴. Or, la volonté individuelle s'exprime essentiellement par le biais de vecteurs économiques⁴⁵.

l'étude de certains pouvoirs exercés en marge des droits réels, tels l'administration du bien d'autrui ou la fiducie. En effet, de tels pouvoirs peuvent se révéler pertinents, notamment parce que l'État se présente comme fiduciaire de l'eau : à ce sujet, voir ci-dessous 2.3.

40. *Introduction au droit des biens*, supra note 37, à la p. 77, exprime ainsi le caractère central de la propriété en droit civil : «Le titre de la propriété est l'un des plus importants du Code, étant donné les liens étroits qui l'unissent avec les autres parties du Code. Ce titre établit ce qu'est la propriété alors que le livre sur les personnes mentionne qui peut acquérir la propriété. Les livres consacrés aux successions, aux obligations, aux priorités et aux hypothèques, et à la prescription traitent des moyen d'acquérir la propriété.»
41. Christian Atias, *Droit civil. Les biens*, 5^{ième} éd., Paris, Litec, 2000, aux pp. 57-58, 66.
42. François Frenette, «Bilan de la réforme du droit des biens», (2003) Vol.105, *R. du N.*, 309 (ci-après «*Bilan de la réforme*»), p. 317; *Introduction au droit des biens*, supra note 37, à la p. 77.
43. Art. 947 C.c.Q; *Biens et propriété*, supra note 34, aux pp. 154-157. Toutefois, chacune des caractéristiques du droit de propriété peut faire l'objet de limites ou restrictions.
44. *Introduction au droit des biens*, supra note 37, aux pp. 8-9. Dans une perspective environnementale, voir Agathe Van Lang, *Droit de l'environnement*, Paris, Presses universitaires de France, 2002 (ci-après «*Droit de l'environnement*»), aux pp. 146-148.
45. Selon Jean Carbonnier, *Droit civil. Les biens*, 18^{ième} éd., Tome 3, Paris, Presses universitaires de France, 1997 (ci-après «*Droit civil. Les biens*»), à la p. 15 : «Tout dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie,

En somme, la structure juridique afférente à la propriété privée, mise en place par le CCQ et correspondant aux caractéristiques permettant la gestion économique de l'eau, constitue le point d'ancrage fondamental de l'analyse visant à déterminer si la propriété peut s'appliquer à l'eau souterraine. D'ailleurs, les modalités et démembrements de la propriété privée fournissent les seuls cadres juridiques permettant d'explorer la relation entre la propriété commune et l'eau souterraine⁴⁶. Même la propriété publique est liée aux formes de la propriété privée⁴⁷. Finalement, l'appréhension de l'eau souterraine par le droit civil en tant que bien renforce l'importance fondamentale du droit de propriété privée en posant les prémisses d'une dynamique conflictuelle d'appropriation et d'exclusion⁴⁸. En effet, si la ressource se raréfie, son appropriation exclusive à des fins sécuritaires est recherchée⁴⁹. Si la volonté d'utiliser l'eau est entravée, se manifeste une tendance visant à parfaire le droit réel sur le bien afin d'assurer le contrôle sur celui-ci⁵⁰.

tout vaut tant (tout, sans doute, sauf l'essentiel, mais vous ne pourrez obtenir l'essentiel que parce que tout le reste peut être obtenu par de l'argent). Derrière chaque obligation [...], chaque bien, et même chaque personne (que l'on songe à l'éventualité des accidents corporels), le droit aperçoit d'avance les dommages-intérêts qui pourront les représenter quelque jour, et les dommages-intérêts, ce sont des sommes d'argent.»

46. Voir ci-dessous 2.2 et 2.3.

47. Voir notamment art. 915-918 C.c.Q.

48. Selon David Lametti, «The Concept of Property : Relations through Objects of Social Wealth», (2003) Vol.53, *U.T.L.J.*, 325, aux pp. 334-335 : «[a]t bottom, private property places the ultimate control over some scarce and valuable social resource in the hands of the individual. [...]The most obvious manifestation of vesting control in a single person has been characterized as the ability to exclude others from access to or use of that same resource.»

49. Pour une illustration concrète, voir David Aubin, Pierre Cornut & Frédéric Varone, «Access to water resources in Belgium : strategies of public and private suppliers», (2007) Vol.9, *Water Policy*, 615, aux pp. 617 et 628-629.

50. Selon Martine Rémond-Gouilloud, «Ressources naturelles et choses sans maîtres», (1985) Vol.2 N°5, *Recueil Dalloz*, 27, aux pp. 28-29, le premier réflexe de la personne confrontée à la pénurie est l'appropriation, ce qui provoque l'extension du domaine de la propriété.

Devant la force d'attraction de la propriété privée en droit civil québécois, ne subsiste qu'une alternative réelle à la qualification de l'eau souterraine comme bien : la chose commune, ou *res communis*. Par définition, une *res communis* n'est pas appropriable. Une chose commune n'est donc pas un bien puisqu'un bien est obligatoirement approprié ou susceptible d'appropriation, publique ou privée⁵¹. Puisque le fonctionnement du droit civil repose sur le droit de propriété et l'appropriation des biens, la *res communis* constitue une catégorie juridique qui se soustrait à sa structure et à son fonctionnement en tant que régime de gestion des ressources. Si l'eau souterraine est une *res communis*, la propriété n'en permet pas la gestion économique.

L'évolution historique du statut juridique de l'eau souterraine confirme que la propriété privée est étroitement liée à la ressource mais indique aussi que l'eau souterraine pourrait être caractérisée alternativement comme chose commune.

Au début des années 1970, une réflexion générale sur le statut juridique de l'eau a lieu au Québec dans le cadre de la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau (ci-après «Commission Legendre»)⁵². À cette occasion, un constat s'impose : l'eau souterraine est considérée comme un bien appartenant au propriétaire du sol. Bien que la Commission Legendre n'offre pas de conclusion explicite à cet effet, les commentaires qu'elle émet laissent peu de place à une autre interprétation⁵³. De plus, les

51. *Biens et propriété*, supra note 34, aux pp. 8, 19; *Introduction au droit des biens*, supra note 37, p. 62; *Droit civil. Les biens*, supra note 45, à la p. 77. Pour une distinction élaborée entre les biens publics et privés d'un côté, et les *res communes* de l'autre, voir Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006 (ci-après «*Les choses communes*»), aux pp. 62-103.

52. Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, *Rapport de la Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau*, Québec, Ministère des Richesses naturelles, Gouvernement du Québec, 1975 (ci-après «*Problèmes juridiques de l'eau*»).

53. *Ibid.*, à la p. 303, qui réfère à l'article 414 du *Code civil du Bas Canada* (ci-après «C.c.B.-C.»), désormais l'article 951 C.c.Q., de même qu'aux décisions *Robert c. Fabrique de Montréal*, (1898) 4 R.J. 279 (C.S.) et *Dame Lortie c. Corporation de l'Ange-Gardien*, (1954) C.S. 91.

études produites au soutien de la Commission Legendre avancent sans équivoque que l'eau souterraine est un bien appartenant au propriétaire du sol⁵⁴.

À la suite de la Commission Legendre, la doctrine réaffirme à plusieurs occasions que l'eau souterraine appartient au propriétaire du sol⁵⁵. La jurisprudence confirme ce statut⁵⁶. Jusqu'en 1999, la position du gouvernement du Québec est au même effet⁵⁷.

Cependant, la relation actuelle entre la propriété et les eaux souterraines n'est plus établie aussi clairement. En 1997, débute au Québec une autre réflexion sociale de grande ampleur à propos

-
54. Jules Brière, *Les droits de l'État, des riverains et du public dans les eaux publiques de l'État du Québec*, Étude 1.2, Québec, Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, 1970, aux pp. 2, 5 et 19-20. Quant à lui, Henri Brun, *Histoire du droit québécois de l'eau (1663-1969)*, Étude 1.1, Québec, Commission d'étude des problèmes juridiques de l'eau, 1969, à la p. 41, conclut que la volonté de considérer l'eau comme *res communis* est constamment mise en échec par le droit positif québécois.
55. Guy Lord & al., *Le droit québécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, Québec, Ministère des Richesses Naturelles, 1977, Vol.1, aux pp. 119-122; René Dussault & Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^{ième} éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, Vol.2, à la p. 117; Patrick Cossette, «Les eaux souterraines au Québec», (1999) Vol.6, *B.D.M.*, 132, à la p. 141.
56. *Gilbert c. Carrière Hébert*, J.E. 80-145 (C.P.); *Simoneau c. Berthiaume*, *supra* note 39; *Jean c. Ferland*, [2000] R.D.I. 605 (C.S.). Les motifs de l'affaire *Dufour c. Grégoire*, B.E. 2004BE-518 (C.Q.) (ci-après «*Dufour c. Grégoire*»), aux pp. 5-6, semblent aussi reposer sur le principe de propriété des eaux souterraines bien que le tribunal évite de se prononcer explicitement à propos de leur statut juridique.
57. *La problématique des eaux souterraines*, *supra* note 23, aux pp. 47-48; Ministère de l'Environnement et de la Faune, *Plan d'action pour la mise en œuvre de la Politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, Projet, Québec, Gouvernement du Québec, 1996, aux pp. 22-23 et 71-74; Ministère de l'Environnement et de la Faune du Québec, *Politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, Document du travail, Québec, Gouvernement du Québec, 1997, à la p. 13; Ministère de l'Environnement, *La gestion de l'eau au Québec : document de consultation publique*, Québec, Gouvernement du Québec, 1999, aux pp. 12, 18-19.

de la gestion de l'eau⁵⁸. À cette occasion, l'historique juridique semble encore imposer que l'eau souterraine soit catégorisée *a priori* comme un bien appartenant au propriétaire du sol, mais une évolution du statut de la ressource est souhaitée et présentée comme inévitable⁵⁹. À la suite d'une consultation publique, la Commission sur la gestion de l'eau au Québec propose, en 2000, la modification du statut juridique de l'eau souterraine afin qu'elle devienne une *res communis* :

Actuellement, les eaux souterraines et les eaux de surface ont un statut juridique différent. Les premières constituent un bien de propriété privée lié à la propriété immobilière et les secondes ont un statut de bien commun[...] Il ne s'agirait pas de procéder à une expropriation ni à une nationalisation des eaux souterraines, mais 'seulement une abolition du droit de propriété sur la chose commune'[...] En d'autres termes, le statut des eaux souterraines viendrait rejoindre celui déjà attribué aux eaux de surface.⁶⁰

Cette recommandation rejoint alors les vœux de certains auteurs et correspond à l'opinion publique prévalente⁶¹. En 2002,

58. Gouvernement du Québec, *Symposium sur la gestion de l'eau au Québec. Document de référence*, Québec, Gouvernement du Québec, 1997, p. 1 (Préambule du Premier ministre Lucien Bouchard).

59. Lorne Giroux, «Le droit de l'eau : à qui appartient l'eau», 81, aux pp. 83-84, dans Jean-Pierre Villeneuve, Alain Rousseau & Sophie Duchesne, dir., *Symposium sur la gestion de l'eau au Québec. Actes du Symposium. L'état de l'eau au Québec*, Sainte-Foy, INRS-Eau, 1998 (Vol.2); Louise Ouellet & Claude Laurent, «L'état de l'eau au Québec. Le statut juridique» dans Jean-Pierre Villeneuve, Alain Rousseau & Sophie Duchesne, dir., *Symposium sur la gestion de l'eau au Québec. Actes du Symposium. L'état de l'eau au Québec*, Sainte-Foy, INRS-Eau, 1998 (Vol.2) 257 à la p. 262.

60. Commission sur la gestion de l'eau au Québec, *L'eau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur*, Québec, Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, 2000 (ci-après «*L'eau ressource à protéger*»), Tome I, à la p. 121.

61. Voir Madeleine Cantin Cumyn, Michelle Cumyn & Claire Skrinda, «L'eau, chose commune : un statut juridique à confirmer», (2000) 79 R. du B. can. 398 (ci-après «*L'eau, chose commune*»), aux pp. 401-407 et 409-410, de même que *L'eau ressource à protéger*, *supra* note 60, Tome II à la p. 36.

le gouvernement du Québec prend acte des recommandations relatives à la modification du statut juridique de l'eau souterraine et reconnaît que la ressource est une *res communis* dans la Politique nationale de l'eau⁶². Le gouvernement du Québec s'engage à réviser l'encadrement juridique de l'eau⁶³. Selon la doctrine, la révision du cadre juridique afin de confirmer le statut de l'eau souterraine comme *res communis* requiert effectivement la modification des dispositions pertinentes⁶⁴. Or, une telle modification n'est pas encore réalisée⁶⁵. Ainsi, selon certains auteurs, il semble toujours possible de considérer l'eau souterraine comme un bien appartenant au propriétaire du sol⁶⁶. D'autres renouvellent l'appel en faveur d'une modification des

62. Ministère de l'Environnement, *L'eau. La vie. L'avenir. La politique nationale de l'eau*, Québec, Gouvernement du Québec, 2002 (ci-après «*Politique nationale*»), aux pp. 15-17. Notons qu'à la page 15 de la *Politique nationale*, les eaux souterraines sont identifiées comme patrimoniales. Or, le patrimoine n'a pas d'emprise sur les choses communes : *Introduction au droit des biens*, supra note 37, aux pp. 16-17. Cette contradiction apparente est résolue par la notion de patrimoine commun : voir Marie-José Del Rey, «La notion controversée de patrimoine commun», (2006) N°6, *Recueil Dalloz*, 388 (ci-après «*Patrimoine commun*»), aux pp. 388-389. Au sujet de l'eau souterraine comme patrimoine commun, voir ci-dessous 2.3.

63. Voir la *Politique nationale*, supra note 62, à la p. 92.

64. Pierre Coderre & Michel Blais, «L'eau vous interpelle, suivez le courant!» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, à la p. 19.

65. Selon l'article 1 du *Projet de loi n°92*, l'eau souterraine ne pourrait être appropriée autrement que lorsque la loi, et notamment le C.c.Q., le permet parce que la ressource appartiendrait au patrimoine commun de la nation. Ainsi, il est probable que la sanction du *Projet de loi n°92* ne modifie pas l'appréhension de l'eau souterraine par le droit civil. Madeleine Cantin-Cumyn & Sylvie Paquerot, *Sortir le projet de loi sur l'eau de l'ambiguïté*, 18 juin 2008, Gaia Presse (disponible en ligne le 1 novembre 2008 à l'adresse suivante : <http://www.gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=14>) soulignent aussi l'ambiguïté de l'article 1 du *Projet de loi n°92* parce qu'il ne permet pas de prétendre à une réelle modification du statut juridique de l'eau souterraine.

66. *Biens et propriété*, supra note 34, à la p. 184.

dispositions pertinentes⁶⁷. La jurisprudence fait état des hésitations relatives au statut de l'eau sans tirer de conclusion⁶⁸.

Puisqu'un survol de la jurisprudence et de la doctrine relatives au statut juridique de l'eau souterraine entretient l'ambiguïté, il est nécessaire de procéder à une analyse détaillée pour déterminer si la propriété s'applique effectivement à la ressource, rendant ainsi possible sa gestion économique.

2. LA PROPRIÉTÉ ET L'EAU SOUTERRAINE

Les considérations précédentes requièrent de procéder à l'étude de la relation entre l'eau souterraine d'une part, et la propriété privée, la propriété commune, la propriété publique et le statut de chose commune d'autre part. Cette partie vise à démontrer que l'eau souterraine n'est jamais l'objet de quelque forme de propriété que ce soit. Ainsi, il est d'abord établi que la propriété privée ne peut pas s'appliquer à l'eau souterraine (2.1.), puis que le droit civil ne permet pas la gestion de l'eau souterraine en propriété commune (2.2.), ensuite que l'État n'est pas propriétaire de la ressource (2.3.), et finalement que l'eau souterraine est une *res communis* (2.4.).

2.1. La propriété privée et l'eau souterraine

Selon la jurisprudence et la doctrine, le propriétaire du sol peut être perçu comme le propriétaire des eaux souterraines. Cette assertion repose sur une perception statique qui fait abstraction de la réalité hydrogéologique mais aussi des contraintes issues de l'expression juridique de la propriété immobilière. La fluidité matérielle de la ressource et l'impossibilité d'en borner les contours posent des problèmes de cohérence insolubles pour le

67. *Bilan de la réforme*, supra note 42, aux pp. 330-331.

68. *Lambton (Municipalité de) c. Stanscia*, J.E. 2007-295 (C.S.) (ci-après «*Lambton c. Stanscia*»), aux pp. 6-7; *Gauthier c. Côté*, 3 avril 2003, Cour supérieure, juge Yves Tardif, 455-05-000712-021 (ci-après «*Gauthier c. Côté*»), aux pp. 7-8.

droit de propriété⁶⁹. La présente sous-partie constitue un effort de plus pour mettre fin à «l'étrange pérennité de la propriété sur les eaux souterraines», qui semble perdurer en dépit du droit actuel et de la réalité hydrologique⁷⁰.

D'emblée, le droit de propriété permet difficilement l'appréhension de la ressource. La solution initiale proposée par le droit québécois repose sur la propriété privée du sol, qui emporte en principe celle du dessous selon le CCQ⁷¹. Le sol sous la surface d'un terrain de même que l'eau souterraine qu'il contient appartiendraient au propriétaire du terrain. L'eau souterraine à l'état naturel devrait alors être considérée comme un bien immobilier⁷². La seule exception possible serait celle des biens

69. *Bilan de la réforme*, *supra* note 42, à la p. 330.

70. Les guillemets réfèrent au titre d'un article de Valérie Varnerot, «L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines», (2002) N°2, *R.J.E.*, 135 (ci-après «*L'étrange pérennité*»).

71. Article 951 C.c.Q. Le droit de propriété est complété par le droit d'aménager dans le sol des constructions et ouvrages, sous réserve des droits publics sur les nappes d'eau souterraines.

72. Selon l'article 899 C.c.Q., l'eau souterraine serait obligatoirement un bien meuble ou un bien immeuble. L'article 900 C.c.Q. énonce qu'est immeuble tout ce qui fait partie intégrante d'un fonds de terre jusqu'à en être extrait ou séparé, tandis qu'en vertu de l'article 901 C.c.Q. font partie intégrante d'un immeuble les meubles qui sont incorporés à l'immeuble, qui perdent leur individualité et assurent l'utilité de l'immeuble. L'eau souterraine pourrait être un pur bien immeuble par nature puisque c'est le cas des minéraux dans le sol : *Biens et propriété*, *supra* note 34, à la p. 33. En effet, il serait malvenu de différencier le statut de l'eau souterraine de celui d'autres minéraux liquides – notamment la saumure – à partir de la concentration de certains composants chimiques dans ces matières. Le *Règlement sur le pétrole, le gaz naturel, la saumure et les réservoirs souterrains*, R.Q., c. M-13.1, r.0.3, identifie d'ailleurs les réservoirs de saumure comme des «aquifères». Si cette caractérisation n'était pas acceptée, l'eau souterraine pourrait aussi être un bien immeuble à titre de bien meuble intégré à un immeuble. Une étude des critères qui permettent de déterminer s'il y a intégration fait naître une foule d'arguments en faveur autant qu'en défaveur de la reconnaissance de l'eau souterraine comme immeuble par nature parce que meuble intégré : au sujet des critères, voir *Biens et propriété*, *supra* note 34, aux pp. 36-37. Finalement, la ressource pourrait être immeuble par attache ou réunion selon l'article 903 C.c.Q. : pour les critères qui permettent de déterminer s'il y a attache ou réunion,

meubles par anticipation⁷³. Cette exception s'appliquerait de façon limitée aux seuls cas où l'eau souterraine fait spécifiquement et explicitement l'objet d'un acte de disposition⁷⁴.

de même que la distinction avec les immeubles par intégration, voir *Biens et propriété*, *supra* note 34, aux pp. 42-48. Cependant, ces distinctions sont pertinentes uniquement à des fins théoriques parce que les règles du droit immobilier s'appliqueraient généralement à l'eau souterraine quelle que soit sa caractérisation exacte parmi les biens immobiliers : voir *Biens et propriété*, *supra* note 34, aux pp. 39-42.

73. Art. 900 C.c.Q.

74. Un exemple de la caractérisation des eaux souterraines comme bien meuble est offert par l'affaire *Simoneau c. Berthiaume*, *supra* note 39, aux pp. 376-378. La dissidence souligne ainsi les difficultés qu'une telle caractérisation soulève : «j'ai beaucoup de difficulté à concevoir qu'on puisse être propriétaire d'une source sans être propriétaire du fonds de terre ou elle jaillit; après tout 'la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous'[...] Si l'on retient la prétention des appelants, faudra-t-il conclure qu'ils sont également propriétaires de la nappe phréatique qui alimente cette source? Si l'eau jaillit à un autre endroit, à proximité, pourra-t-on prétendre qu'in s'agit d'une même source? Et, si le vendeur a conservé la propriété de cette source, la propriétaire actuelle du terrain [...] y aurait-elle accès et pourrait-elle s'y alimenter? Si cette source doit être exclue de la propriété du fonds – et je reviendrai sur cette question –, dans quel rayon doit-elle l'être puisque cette source n'est décrite ni par tenant ni par aboutissants (art. 2168 C.C.)? Et comment les 'propriétaires de la source' pourraient-ils y avoir accès puisqu'ils ne bénéficient d'aucun droit de passage pour s'y rendre?» (Citations omises) La critique minoritaire de la Cour d'appel correspond à la solution jurisprudentielle française selon laquelle il est impossible de concevoir l'eau souterraine comme un bien mobilier : *L'étrange pérennité*, *supra* note 70, à la p. 146. La solution française semble raisonnable, puisque l'eau souterraine considérée comme individualité juridique distincte du sol n'est plus de l'eau souterraine. La propriété d'un bien meuble implique que sa possession soit possible. Or, l'eau souterraine migre naturellement hors des limites d'une propriété immobilière, de telle sorte que sa possession effective et durable est impossible : voir *infra* note 87. Pour réellement posséder un volume d'eau souterraine comme bien meuble, il faut le pomper ou l'enfermer dans un ouvrage, ce qui implique automatiquement que l'eau ainsi capturée ne soit plus souterraine. Quoi qu'il en soit, puisque la caractérisation des eaux souterraines à l'état naturel comme bien meuble par anticipation représente un cas exceptionnel, ses répercussions ne sont pas traitées.

Le principe de propriété immobilière des eaux souterraines pose plusieurs problèmes. D'abord, il repose sur la prémisse que celui qui possède un terrain est propriétaire de l'eau souterraine contenue dans le volume créé par la projection des frontières de la propriété vers le centre de la Terre. *A priori*, le volume d'eau souterraine possédé est donc fini. Cependant, il est accru par la recharge des eaux souterraines provenant de l'infiltration des précipitations dans le sol. La pluie qui est considérée traditionnellement comme bien mobilier sans propriétaire, ou *res nullius*, se joint en partie aux eaux souterraines et devient objet de propriété par le mécanisme de l'occupation⁷⁵. Si le volume d'eau souterraine soumis à la propriété s'accroît avec le temps selon la pluviométrie, il impose néanmoins des limites quantitatives maximales précises aux activités de captage par le propriétaire du sol. De façon schématique, la quantité maximale qui peut être captée correspond au volume initial de la ressource contenue dans le sol lors de l'acquisition du titre par son propriétaire, additionné du volume de précipitations tombées depuis ce moment à la surface du terrain et infiltrées dans le sol.

Non seulement cette limite n'est jamais prise en compte par le droit civil, mais son dépassement empêche l'application cohérente du principe de propriété des eaux souterraines par la propriété du sol. En effet, un bien immobilier est toujours enclavé par d'autres biens immobiliers sur lesquels s'exercent des droits de propriété qui justifient des titres équivalents sur les eaux souterraines voisines⁷⁶. Compte tenu de la perméabilité des sols et du gradient hydraulique provoqué par une activité de captage, il est inévitable que l'eau souterraine captée au-delà de la limite quantitative maximale constituée du volume de la propriété en

75. Articles 934, 935 et 948 C.c.Q.; Denys-Claude Lamontagne, «Règles particulières à la propriété immobilière et servitudes» dans Barreau du Québec & Chambre des notaires du Québec, *La réforme du code civil. Personnes, successions et biens*, Vol.1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 517 à la p. 524.

76. Il existe toujours une propriété voisine : art. 915, 918 et 936 C.c.Q; Pierre Labrecque, *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997 (ci-après «*Le domaine public foncier*»), à la p. 7; *Biens et propriété*, *supra* note 34, aux pp. 9-14.

sous-sol additionné de la recharge pluviale appartienne originellement à un propriétaire voisin⁷⁷. Le voisin peut alors argumenter qu'un enrichissement injustifié s'est produit et réclamer compensation de la part du capteur⁷⁸. De plus, si la prémisses de départ sur laquelle repose la propriété de la ressource autant que la mécanique du déplacement des eaux souterraines dans le sol sont respectés, il appert que l'enrichissement injustifié se produit bien avant le captage des eaux souterraines : une quantité d'eau souterraine qui est située sous la propriété d'un voisin, qui appartient au voisin, et qui se trouve dans l'aire d'appel de l'ouvrage de captage, entre dans les limites souterraines du terrain sur lequel s'exercent les activités de captage dès le début de ces activités et peut-être plusieurs années avant le captage effectif.

Ensuite, le captage de l'eau souterraine par le propriétaire du sol change le patron d'écoulement naturel dans le sol et crée un rabattement de la surface de la nappe phréatique qui peut s'étendre au-delà des frontières de sa propriété⁷⁹. Il est possible que les propriétaires voisins doivent modifier leurs propres puits de captage pour conserver l'usage de leurs eaux souterraines. Dans ce cas, l'usage d'un objet de propriété change l'usage qu'un autre propriétaire peut faire du sien⁸⁰. Une telle situation peut être

77. Voir Jacques Sironneau & al., *Lamy environnement, l'eau*, Paris, Lamy, 1996- (mises à jour périodiques) (ci-après «*Lamy eau*»), ¶112-49.

78. Art. 1493-1496 C.c.Q.

79. *Lamy eau*, *supra* note 77, ¶112-49 et ¶112-50.

80. La doctrine américaine reconnaît les problèmes liés à la définition des droits de propriété corrélatifs entre plusieurs capteurs d'eau souterraine et les explique par trois facteurs : «First, one pumper's [use] seldom precludes access to the necessary amount of water : instead, pumping increases the cost of access. Second, all pumpers are responsible for diminished access. Third, groundwater [use] must be integrated with surface rights because ground and surface systems are often hydrologically connected.», dans Dan Tarlock, *Law of water rights and resource*, Eagan, Thompson West, 1988 -(mises à jour périodiques), §6:8. Aux États-Unis, la reconnaissance du droit de propriété sur l'eau souterraine par le biais de la propriété du sol a débouché sur un phénomène identifié comme la «loi de la plus grosse pompe». Il s'agit d'une dynamique par laquelle l'accroissement des usages abaisse la

gérée par l'obligation de bon voisinage, qui reconnaît la possibilité de certaines interférences entre des droits de propriété exercés normalement⁸¹. Mais le cas de l'assèchement d'un puits voisin à cause de l'aménagement d'un ouvrage de captage se trouve hors de portée des règles de bon voisinage lorsque les deux puits sont utilisés à des fins strictement domestiques et que des sources alternatives ne sont pas disponibles. Dans une telle situation, les inconvénients sont à la fois normaux puisque le puits nouvellement aménagé permet de subvenir au besoin vital d'alimentation en eau d'un ménage, mais aussi intolérables parce qu'ils privent un autre ménage de sa source d'eau potable⁸². Ces interférences induisent des distorsions dans le caractère exclusif de la propriété susceptibles de miner les fondements de ce droit lorsqu'il s'applique aux eaux souterraines⁸³.

surface de la nappe phréatique et la rend plus difficile d'accès, favorisant ainsi celui qui dispose des plus importants moyens techniques et financiers pour capter l'eau au détriment des autres usagers, dont l'accès à la ressource diminue ou s'éteint. Pour un aperçu du contexte juridique dans lequel s'est produit ce phénomène, voir *ibid.*, §4:7-§4:10.

81. Art. 976 C.c.Q.

82. Voir *L'étrange pérennité*, *supra* note 70, aux pp. 147-150, 156-158.

83. Les droits d'exploitation corrélatifs sur une ressource liquide dans le sol ne semblent pas avoir fait l'objet d'une réflexion autre qu'embryonnaire en doctrine québécoise, faute de nécessité puisque le Québec n'est pas riche en hydrocarbures. À propos du pétrole, Patrick Kenniff, «Le contrôle de l'utilisation du sol et des ressources en droit québécois», (1975) 16 C. de D. 763 à la p. 804 et (1976) 17 C. de D. 85, à la p. 164, note à la fois que de tels droits d'exploitation corrélatifs menacent le droit de propriété et qu'ils doivent être réglementés étroitement pour assurer la conservation de la ressource et une exploitation optimale. Toutefois, le législateur élude le problème puisque le régime de la *Loi sur les mines*, L.R.Q., c. M-13.1 (ci-après «LM») ne semble envisager qu'un droit d'exploitation unique sur un réservoir souterrain : voir notamment les articles 194, 195 et 196 LM. Notons que le droit minier extra-provincial traite de la question par le biais de la «règle de capture», qui offre au titulaire du droit minier l'appropriation de la ressource lors du recouvrement de la substance minérale. En fait, cette règle provient initialement du droit américain applicable aux eaux souterraines. Pour éviter une course à l'extraction entraînant un surinvestissement et une exploitation sous-optimale, la règle de capture a été profondément modifiée par l'imposition de règles d'espacement et d'accords de mise en commun : à ce sujet, voir Nigel Bankes, «Pooling Agreements in

En somme, l'appropriation des eaux souterraines néglige les liens qui lient l'objet du droit au milieu matériel et juridique dans lequel il se situe. L'atténuation de l'absolutisme exclusif de la propriété sur la ressource n'étant plus possible par l'intermédiaire des mécanismes juridiques en place, la propriété privée des eaux souterraines doit être remise en cause.

Par ailleurs, les eaux souterraines sont en transit dans le sol. Au cours de tout laps de temps, une certaine quantité d'eau souterraine quitte un terrain tandis qu'une autre quantité y pénètre. Le droit de propriété ne s'exerce donc jamais sur les mêmes eaux souterraines. Le droit ne dispose pas d'instrument adéquat pour gérer de façon cohérente le passage d'un patrimoine à l'autre lorsque l'eau souterraine passe d'un terrain à l'autre. Cette migration soulève des problèmes regroupés sous deux aspects interdépendants : 1) l'entrée de l'eau souterraine dans le patrimoine d'un propriétaire lors de sa migration dans le sol qu'il possède; 2) la sortie de l'eau souterraine du patrimoine d'un propriétaire lors de sa migration hors du sol qu'il possède.

Quant à l'entrée de l'eau souterraine dans le patrimoine, la ressource peut *a priori* être acquise par contrat, par succession, par occupation, par prescription, ou par accession⁸⁴. L'application

Canadian Oil and Gas Law», (1994) 33 Alta. L. Rev. 493, aux pp. 497-502. Ainsi, la propriété privée est aussi incapable de gérer la ressource fluide en sous-sol dans le domaine minier.

84. Voir Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999 (ci-après «*Précis de droit des biens*»), aux pp. 987-988. Selon les dispositions de l'article 916 C.c.Q., l'acquisition peut aussi se faire par tout autre mode que la loi prévoit. En vertu de l'article 41 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 (ci-après «LQE»), toute municipalité peut, avec l'autorisation du ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (ci-après «Ministre»), exproprier des sources d'approvisionnement d'eau et autres immeubles ou droits réels situés en dehors de son territoire et requis pour l'installation d'un système d'aqueduc ou d'une usine de traitement des eaux ou pour l'installation ou la protection d'une prise d'eau d'alimentation. L'article 42 LQE prévoit un pouvoir similaire pour un exploitant privé. Bien que la jurisprudence n'ait pas étudié spécifiquement la question, l'article 41 LQE est implicitement interprété comme visant l'expropriation d'un terrain et

de chacun de ces modes d'acquisition se bute à d'importants obstacles. Premièrement, le contrat et la succession ne sont pas des modes d'acquisition pertinents pour appréhender la migration progressive de l'eau souterraine dans le sol⁸⁵.

Deuxièmement, l'occupation n'est possible que dans le cas des biens meubles sans propriétaire et elle implique la possession⁸⁶. Or, l'eau souterraine est généralement un immeuble approprié qui échappe à la possession du propriétaire du terrain tant qu'elle n'est pas captée, c'est-à-dire tant qu'elle est souterraine⁸⁷. L'occupation ne permet donc pas l'acquisition de la ressource, à moins d'accepter une modification de la prémisses de départ selon laquelle la propriété du sol entraîne la propriété de l'eau souterraine.

Troisièmement, l'acquisition du droit de propriété sur les eaux souterraines par union grâce au droit d'accession est problématique. En effet, aucun des deux types d'accession possibles ne peut s'appliquer aux eaux souterraines : l'accession

non celle de l'eau souterraine : voir notamment *Lac-Mégantic (Ville de) c. Lapierre*, J.E. 2004-2033 (C.S.), aux pp. 3-4, et *Brousseau & Fils ltée c. Chandler (Ville de)*, B.E. 98BE-1290 (C.S.), à la p. 3.

85. Cette affirmation est incontestable pour la succession. Par ailleurs, la pratique juridique québécoise ne connaît pas de contrat entre voisins transférant la propriété de l'eau souterraine au gré de son écoulement naturel. Notons qu'il existe en France des contrats de nappe, mais ils visent principalement la police des usages au plan qualitatif et ne reposent pas sur la propriété : Philippe Billet, «La régulation juridique des conflits liés à la gestion des eaux souterraines», (2001) 3 R.J.E. 401 à la p. 415.

86. Art. 914, 935 C.c.Q.; *Précis de droit des biens*, supra note 84, aux pp. 995-996.

87. Dans le cadre de la propriété, la possession doit avoir les caractéristiques de ce droit, c'est-à-dire être exclusive, absolue et perpétuelle : article 921 C.c.Q. Or, les eaux séjournent en moyenne environ 13 ans dans le sol lors de leur migration avant de retourner de façon naturelle aux rivières et aux océans : Olivier Banton, «Le capital eau : son potentiel et ses usages. Les eaux souterraines» dans Jean-Pierre Villeneuve, Alain Rousseau & Sophie Duchesne, dir., *Symposium sur la gestion de l'eau au Québec. Actes du Symposium. L'état de l'eau au Québec*, Sainte-Foy, INRS-Eau, 1998 (Vol. 2), 45 à la p. 47.

artificielle vise les constructions, ouvrages ou plantations, alors que l'accession naturelle, qui est involontaire et correspond mieux à la réalité hydrologique de la ressource, ne vise que des cas spécifiques et exceptionnels relatifs aux eaux de surface⁸⁸. De plus, l'eau souterraine qui migre dans un terrain appartient *a priori* à un voisin. À prime abord, la prescription semble plus appropriée que l'acquisition.

Quatrièmement, la prescription ne constitue pas non plus un mécanisme juridique adéquat pour permettre l'appropriation de la ressource. Restant unies au sol, les eaux souterraines qui passent d'une propriété immobilière à l'autre restent des biens immobiliers. Alors, les conditions de validation de la prescription acquisitive décennale en matière immobilière doivent s'appliquer, ce qui débouche sur une situation ingérable⁸⁹. De plus, les caractéristiques du sol et les aléas du découpage de sa surface par les lignes de propriété peuvent permettre une migration rapide de l'eau souterraine d'une propriété à l'autre, notamment en cas de captage, ce qui rend difficile l'application de délais de prescription acquisitive rigides⁹⁰.

Quant à la sortie de l'eau du patrimoine, le processus par lequel les eaux souterraines quittent les frontières du terrain et se soustraient au droit de propriété n'est pris en charge par aucun mécanisme juridique. En principe, la propriété n'est pas provisoire et ne se perd pas par le non-usage⁹¹. Il est possible de se départir de la propriété en disposant d'un bien de deux façons : juridiquement ou matériellement⁹². La disposition juridique, telle

88. Art. 954-970 C.c.Q.

89. La demande en justice prévue à l'article 2918 C.c.Q. constitue un exemple de ces conditions.

90. Art. 2917 C.c.Q. Comment le droit de propriété et le mécanisme de prescription acquisitive peuvent-ils gérer la situation suivante : une eau de pluie tombe sur un terrain où elle s'infiltre, puis migre vers la propriété voisine où elle est captée et embouteillée cinq ans après être tombée. L'eau embouteillée par le voisin peut-elle faire l'objet d'une revendication (art.912 et 953 C.c.Q)?

91. *Précis de droit des biens*, *supra* note 84, aux pp. 275-277.

92. *Biens et propriété*, *supra* note 34, aux pp. 154-166.

l'aliénation, n'est pas applicable aux eaux souterraines qui migrent naturellement à l'insu du propriétaire et sans son intervention. La disposition matérielle par rénovation, altération, ou destruction est aussi inapplicable dans le cas de la migration des eaux souterraines. D'ailleurs, si l'eau souterraine était un objet de propriété et s'écoulait dans la propriété d'un voisin, elle continuerait d'appartenir à son propriétaire, et le voisin devrait en permettre la recherche ou l'enlèvement⁹³. En principe, le droit existe aussi longtemps que l'objet sur lequel il porte⁹⁴. Il est impossible de présumer l'abandon d'un bien⁹⁵. Ainsi, en tentant d'appliquer le droit de propriété aux eaux souterraines sans qu'un mécanisme juridique ne rende compte de la migration de la ressource hors du patrimoine du propriétaire, le caractère perpétuel de la propriété est remis en cause.

En somme, la propriété privée est incapable de fournir un cadre juridique aux eaux souterraines. Son application à la ressource provoque des incohérences dans la structure du droit civil. Un autre artefact juridique doit être identifié pour tenter d'établir un lien entre la propriété et l'eau souterraine.

2.2. La propriété commune : modalités et démembrements de la propriété privée

Compte tenu des problèmes d'application de la propriété privée aux eaux souterraines, l'appréhension de la ressource par le biais des modalités et des démembrements du droit de propriété a été envisagée afin de lui trouver un statut juridique séant. La copropriété indivise et le droit d'usage, qui ont tous deux fait l'objet d'une attention particulière, peuvent être considérés comme

93. Art. 989 C.c.Q.

94. Sylvio Normand, « La notion de modalité de la propriété » dans Sylvio Normand, *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Étude portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, 255 à la p. 258.

95. *Introduction au droit des biens*, supra note 37 à la p. 38. De plus, l'abandon d'un droit réel immobilier que l'on désire rendre opposable aux tiers doit donner lieu à une inscription au registre foncier : art. 2938 al. 1 C.c.Q.

des cadres juridiques de gestion apparentés à la propriété commune de la ressource. Or, ni l'une ni l'autre ne permettent effectivement la gestion de l'eau souterraine.

D'abord, la doctrine établit que la copropriété par indivision, qui est une modalité de la propriété, constitue une forme potentielle de propriété commune de l'eau souterraine en droit civil québécois à cause de l'unicité de la ressource et des influences que les usages exercent les uns sur les autres⁹⁶. Les conséquences de l'application de ce cadre juridique à la ressource sont ainsi détaillées :

En premier lieu, 'chaque indivisaire peut se servir du bien indivis, à condition de ne porter atteinte ni à sa destination ni aux droits des autres indivisaires' (art.1016 C.c.Q.). En second lieu, 'les indivisaires administrent le bien en commun' (art.1025 C.c.Q.). En troisième lieu, 'les décisions visant à aliéner le bien indivis, à le partager, à le grever d'un droit réel, à en changer la destination ou à y apporter des modifications substantielles sont prises à l'unanimité' (art.1026 C.c.Q.).⁹⁷

Cependant, l'application de la copropriété indivise à l'eau souterraine soulève des problèmes incontournables. Premièrement, le partage de la propriété indivise peut généralement être demandé⁹⁸. Cependant, l'eau souterraine est techniquement indivisible. *A priori*, ce problème peut être évité en présumant que le partage de la copropriété indivise de l'eau souterraine est rendu impossible à cause de l'affectation de la ressource à un but durable⁹⁹. Toutefois, il est douteux que toutes les utilisations de l'eau souterraine soient à des fins durables.

96. *L'eau, chose commune*, *supra* note 61 à la p. 404.

97. *Ibid.* aux pp. 404-405.

98. Voir l'art. 1030 C.c.Q.

99. *Ibid.* Il est possible de s'inspirer de l'affaire *Rousseau c. Lafrance*, J.E. 2007-401 (C.S.), dans laquelle le partage d'un puits artésien qui fait l'objet d'une copropriété par indivision est jugé impossible parce qu'affecté à un but durable, c'est-à-dire l'alimentation en eau domestique.

Deuxièmement, la taille, les limites et les caractéristiques des aquifères sont généralement inconnues¹⁰⁰. Par ailleurs, les eaux souterraines sont reliées aux eaux de surface, tels les rivières et lacs. Il n'est donc pas possible de déterminer exactement qui sont les copropriétaires indivis de la ressource. De plus, leur nombre est potentiellement très élevé. Or, les coûts de négociation augmentent de façon exponentielle plus le nombre de propriétaires indivis croît¹⁰¹. Troisièmement, il n'existe pas de règle qui puisse déterminer la part de la ressource pour chacun des copropriétaires¹⁰². Une telle situation où les droits quantitatifs sont mal définis entraîne la spoliation de la ressource¹⁰³. En somme, la copropriété indivise n'offre pas un cadre juridique effectif permettant la gestion de l'eau souterraine.

Par ailleurs, le droit d'usage, qui est un démembrement de la propriété, peut être relié à la propriété commune parce qu'il permettrait un nombre illimité d'utilisateurs de l'eau souterraine s'il constituait le cadre juridique de gestion de la ressource¹⁰⁴. En

100. *A Science Case Study*, *supra* note 24 aux pp. 5 et 10-11.

101. Voir William Blomquist, «Rôle de la propriété commune dans la gestion des ressources en eau» dans Max Falque & Michel Massenet, dir., *Droits de propriété, économie et environnement. Les ressources en eau*, Paris, Dalloz, 2000, 227. Ce constat repose sur les arguments initialement avancés par Ronald Coase, «The problem of social cost», (1960) 3 J. L. & Econ. 1.

102. Voir *L'eau, chose commune*, *supra* note 61 à la p. 405. Faut-il appliquer la présomption de parts égales? Les parts respectives de la ressource pourraient être établies en proportion des superficies des terrains, de la composition du sol, du volume d'eau situé sous chaque terrain, de la pluie reçue par chaque terrain, chacune de ces hypothèses ayant du mérite selon que l'aquifère soit très étendu, que le coefficient de perméabilité des sols varie, ou que les terrains soient pavés et drainés en tout ou en partie.

103. Voir Karin Kemper, «Rethinking groundwater management» dans Caroline Figuères, Johan Rockström, Cecilia Tortajada, dir., *Rethinking water management: innovative approaches to contemporary issues*, London, Earthscan Publications, 2003, 120 à la p. 135. Il s'agit d'une dynamique apparentée à la tragédie des biens communs identifiée par Garrett Hardin, «The Tragedy of the Commons», (1968) 162 Science 1243.

104. Il s'agit du droit d'usage au sens des art. 1172-1176 C.c.Q. La Commission Legendre a étudié le prédécesseur de l'art. 1172 C.c.Q., soit

effet, le droit d'usage ne permet pas de porter atteinte à la substance de la chose qui en est l'objet, de telle sorte que des usages successifs pourraient s'enchaîner indéfiniment sans variation significative de la qualité et de la quantité de l'eau. Cependant, l'utilisation de l'eau a généralement pour effet d'en dégrader la qualité au point de la rendre inutilisable à certaines fins¹⁰⁵. De plus, le droit d'usage est un droit réel qui porte sur la propriété d'autrui¹⁰⁶. Or, l'eau souterraine n'est jamais objet de propriété¹⁰⁷. Par ailleurs, le droit d'usage se limite aux besoins de son titulaire et à ceux de sa famille. Dans ce cas, l'utilisation de l'eau à des fins autres et dans des quantités plus importantes que celles liées aux fins domestiques ne serait pas possible. Finalement, la pertinence du droit d'usage à l'égard des eaux souterraines est limitée dans la mesure où celles-ci ne peuvent faire l'objet d'un usage tant qu'elles sont dans le sol, c'est-à-dire tant qu'elles sont souterraines¹⁰⁸.

l'art. 487 C.c.B.-C. : *Problèmes juridiques de l'eau*, supra note 52, aux pp. 75 et 335. Notons que la Commission Legendre a suggéré l'emploi du terme «utilisation» plutôt qu'«usage» dans les situations qui ne visent pas spécifiquement le droit d'usage tel que défini par le C.c.Q. pour éviter certains glissements sémantiques. Ici, cette convention n'est pas respectée parce que la littérature relative à la gestion des eaux consacre le terme d'usage (ex. : «conflits d'usages») et que le C.c.Q. induit la confusion lui-même (ex. : art. 913, 920, 980, 982 et 1172 C.c.Q.).

105. À l'occasion, il est intéressant de souligner que c'est le processus de dégradation d'une qualité ou d'une caractéristique de l'eau qui donne une valeur à l'eau. Le contrôle de l'eau est recherché pour lui faire subir ce processus de dégradation, quelle que soit sa forme spécifique. L'eau qui ne subit pas ce processus n'a aucune utilité. Une eau qui ne peut jamais être utilisée à l'avenir, c'est-à-dire qui ne peut jamais subir ce processus de dégradation, n'a aucune valeur. C'est l'utilisation potentielle qui peut en être faite à l'avenir, par le fait même sa dégradation éventuelle, qui donne une valeur à l'eau. Lorsqu'elle est appréhendée par le droit de propriété (sous forme d'eau embouteillée par exemple), l'eau est donc un bien consommable.

106. Art. 1172 C.c.Q.

107. Voir section 2.4 du texte.

108. Cependant, il est possible d'envisager un usage passif de la ressource à l'état naturel : l'eau souterraine contribue au volume du sol et empêche son affaissement. L'affaissement du sol menace l'intégrité des bâtiments. Par exemple, dans *Commission de la Capitale nationale c. Pugliese*, [1979] 2 R.C.S. 104, la Cour se penche sur la question suivante : le propriétaire

Ainsi, les modalités et les démembrements de la propriété ne permettent pas une appréhension juridique satisfaisante des eaux souterraines¹⁰⁹. La copropriété indivise et le droit d'usage ne constituent pas des cadres juridiques effectifs de gérance de la ressource. Il est possible de conclure que la propriété commune est inapplicable à l'eau souterraine au Québec.

2.3. La propriété de l'eau souterraine et l'État

L'analyse visant à déterminer si l'eau souterraine est la propriété de l'État impose une incursion hors des frontières du droit provincial. L'eau souterraine est un élément intégré au cycle hydrologique, cycle qui ne reconnaît pas les frontières. Tout comme le droit constitutionnel, le droit international peut être à l'origine de normes juridiques ayant un impact sur le statut juridique de la ressource en droit québécois. Pour étudier l'application de la propriété publique à l'eau souterraine sous chacun de ses aspects, un survol du droit international semble pertinent avant de procéder à une analyse plus précise du droit interne, et notamment du droit constitutionnel, afin d'établir si l'État est propriétaire de la ressource.

d'un terrain a-t-il un droit au support de l'eau sous-jacente, et ce propriétaire a-t-il un droit d'action en responsabilité civile pour les dommages résultant du retrait de cette eau contre l'entrepreneur qui a effectué le pompage? La Cour répond affirmativement à cette question.

109. Ce constat peut être renforcé par le principe du *numerus clausus*. Selon ce principe, les formes juridiques par lesquelles s'exprime le droit de propriété sont à la fois standardisées et limitées à un nombre maximal. Le *numerus clausus* a fait l'objet de peu d'attention au Québec, mais la doctrine française reconnaît son existence bien qu'il existe un débat quant à savoir si le principe est une limite substantive reconnue implicitement par le *Code civil* français, ou résulte plutôt des formalités strictes liées à la mise en oeuvre des droits de propriété. À ce sujet, voir Thomas Merrill & Henry Smith, «Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle», (2000) 110 Yale L. J. 1, et en particulier la note 8 à la page 5, où les auteurs citent notamment Christian Atias, Émile Chénon et Marcel Planiol. L'existence du principe du *numerus clausus* au Québec diminuerait la capacité d'adaptation du droit de propriété en tant que vecteur capable d'offrir un cadre juridique de gestion économique de l'eau souterraine.

Le droit international s'articule principalement autour du principe de souveraineté des États. La souveraineté tend vers un contrôle absolu sur les ressources naturelles et le territoire¹¹⁰. À prime abord, l'eau souterraine apparaît soumise au contrôle absolu de l'État souverain¹¹¹. Toutefois, la souveraineté étatique en droit international n'emporte pas la propriété¹¹². Le droit international n'offre pas de norme qui puisse imposer un statut juridique à l'eau en droit interne¹¹³. Une revue sommaire des instruments de droit international relatifs aux eaux souterraines confirme cette conclusion¹¹⁴. En fait, le droit international semble être dans une position similaire à celle du droit québécois pour affronter les problèmes de gestion de l'eau souterraine car la souveraineté repose sur la même prémisse de contrôle absolu que la propriété. Or, le contrôle absolu sur la ressource hydrique que

-
110. Voir l'article 2 de la *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale de l'ONU, Doc. N.-U., A/9631 à la p. 53.
111. En fait, la souveraineté territoriale absolue sur les ressources hydriques n'est pas reconnue par le droit international. Les ressources hydriques font plutôt l'objet d'une souveraineté territoriale limitée de la part des États : voir Stephen McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2007 aux pp. 111-170.
112. Malcolm Shaw, *Title to Territory*, Burlington, Ashgate Dartmouth Publishing, 2005 aux pp. 15-16; *Les choses communes*, supra note 51 à la p. 62.
113. Sylvie Paquerot, *Eau douce : la nécessaire refondation du droit international*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005 aux pp. 9-13. Le droit international économique ne semble pas offrir un statut spécifique à l'eau. Selon Jérôme Dupont-Rachiele, Daniel Prévost & Sébastien Raymond, «L'eau : un droit pour tous, un bien pour certains», (2004) 17 R.Q.D.I. 39 aux pp. 42-57, l'eau à l'état naturel n'est pas un bien mais l'eau embouteillée l'est, et la tendance est à la marchandisation de l'eau; du débat relatif à ces questions, il est possible de retenir que l'eau souterraine à l'état naturel n'est pas un bien.
114. Voir Stefano Burchi & Kerstin Melchem, *Groundwater in international law : compilation of treaties and other legal instruments*, Rome, FAO & UNESCO, 2005 (ci-après «*Groundwater in international law*»); Stephen Foster & Daniel Loucks, dir., *Non-renewable groundwater resources; a guidebook on socially-sustainable management for water-policy makers*, Paris, UNESCO, 2006 (ci-après «*Non-renewable groundwater resources*») aux pp. 53-56.

la souveraineté offre en théorie est érodé par la réalité concrète d'une dynamique de partage¹¹⁵.

Abstraction faite du droit international, la réflexion au sujet de l'appropriation de l'eau souterraine par l'État remonte inévitablement aux sources constitutionnelles du droit¹¹⁶. La Constitution canadienne accorde la propriété des ressources naturelles aux Couronnes provinciales¹¹⁷. Par conséquent, certaines provinces canadiennes légifèrent pour s'attribuer explicitement la propriété des eaux souterraines¹¹⁸. Le législateur québécois peut accorder la propriété de la ressource à l'État de façon expresse mais choisit de ne pas se prévaloir de cette possibilité¹¹⁹. De plus, certaines dispositions laissent sous-

115. Jochen Sohnle, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, Paris, Documentation française, 2002 aux pp. 243-270. Les articles 3 à 7 du récent projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières présenté par la Commission du droit international illustrent parfaitement les limites étroites de la souveraineté nationale à l'égard des eaux souterraines : voir Commission du droit international, *Cinquième rapport sur les ressources naturelles partagées : eaux souterraines et transfrontières*, Doc. N.U., A/CN.4/591, 60^{ième} session, Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008.

116. À ce sujet, voir Dale Gibson, «The Constitutional Context of Canadian Water Planning», (1969) 7 Alta. L. Rev. 71 aux pp. 72-73 et Dominique Alhérithière, *La gestion des eaux en droit constitutionnel canadien*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976 aux pp. 27-36.

117. Pour le Québec, la propriété provinciale découle généralement des articles 109 et 117 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, R.-U., 30 & 31 Victoria, c.3 (ci-après «Constitution»), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 aux pp. 33-34.

118. Voir notamment les articles 1 et 2 de la *Loi sur les droits d'utilisation de l'eau*, C.P.L.M. c. W80, pour le Manitoba; les articles 1 et 3 al.2 du *Water Act*, R.S.A., 2000, c. W-3, pour l'Alberta; les articles 2 al.1 §b) et y), 6 et 9 du *Water Resources Act*, S.N.L., 2002, c. W-4.01, pour Terre-Neuve. Notons que cet exercice législatif découle nécessairement du pouvoir de l'article 92 (13) Constitution. Selon les mots de François Chevrete, «*Dominium et Imperium : l'État propriétaire et l'État puissance publique en droit constitutionnel canadien*», dans Benoit Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 665 à la p. 672, la Constitution a mis de l'*imperium* dans le *dominium* [Moore].

119. L'article 3 LM énonce que les substances minérales situées sous la couche arable appartiennent au domaine de l'État. Or, la définition de substances minérales de l'article 1 LM exclut l'eau. Cependant, à partir

entendre que les droits de l'État québécois dans le domaine hydrique sont plus limités que dans le domaine terrestre¹²⁰. Ainsi, il existe une ouverture à la reconnaissance d'un autre statut juridique que celui de bien approprié par l'État pour l'eau souterraine si le droit positif est à cet effet.

Actuellement, le gouvernement québécois semble vouloir placer l'eau souterraine dans un nouveau type de patrimoine, un patrimoine collectif commun à tous les Québécois¹²¹. Ce nouveau statut juridique impliquerait que l'eau souterraine ne peut être appropriée, sauf dans les conditions définies par la loi, dont le CCQ¹²². La doctrine québécoise ne semble pas avoir exploré le sujet mais la doctrine française permet d'identifier les effets éventuels de la reconnaissance de l'eau comme patrimoine commun :

De même, la reconnaissance récemment accordée à l'eau en tant que patrimoine commun ne signifie pas que l'État s'approprie l'eau comme étant son patrimoine, mais vise à

du moment où l'eau contient plus de 4% en poids de solides dissous, c'est-à-dire qu'elle est définie comme saumure, elle appartient à l'État. Notons que la définition de la couche arable se trouve à l'article 1 §16° LPTAA. Cette couche fait rarement plus de 1 m d'épaisseur selon Denys-Claude Lamontagne & Jean Brisset des Nos, *Le droit minier*, 2^{ème} éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005 aux pp. 5-6.

120. Le mandat qu'exerce le ministre des Ressources naturelles et de la Faune par rapport au domaine terrestre de l'État lui permet d'exercer les droits et pouvoirs inhérents au droit de propriété en lieu et place de la Couronne provinciale : article 2 de la *Loi sur les terres du domaine de l'état*, L.R.Q., c. T-8.1. Par comparaison, le MDDEP, qui gère le domaine hydrique de l'État, ne dispose que de l'autorité nécessaire pour ce faire, et non de pouvoirs inhérents à la propriété : article 13 de la *Loi sur le ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs*, L.R.Q., c. M-15.2.1. La déduction issue d'une telle comparaison repose sur la prémisse que l'eau souterraine fait partie du domaine hydrique et non du domaine terrestre de l'État. La doctrine ne semble avoir envisagé le domaine hydrique que par rapport aux eaux de surface : *Le domaine public foncier*, *supra* note 76 aux pp. 245-327.
121. Voir la *Politique nationale*, *supra* note 62 aux pp. 15, 17, 83, 87 et 92. Le projet de reconnaissance juridique des eaux comme patrimoine commun de la nation québécoise est précisé par le *Projet de loi n°92*, *supra* note 9.
122. *Projet de loi n° 92*, *supra* note 9, art. 1.

renforcer sa légitimité à intervenir en qualité de bras séculier de la nation dans l'intérêt de la collectivité qui est susceptible de s'opposer aux intérêts particuliers. Autrement dit, la qualification de patrimoine commun induit une préférence pour l'intérêt collectif. [...] Enfin, le fait que l'intérêt général soit reconnu comme supérieur à l'intérêt individuel entraîne l'apparition d'un devoir de conservation.¹²³

Ainsi, l'appréhension de la ressource comme un tout soumis à la gestion de l'État peut atténuer la dynamique conflictuelle liée à l'appropriation de la ressource¹²⁴. Par ailleurs, si l'eau constitue un patrimoine commun, l'État en est le gestionnaire¹²⁵. Les implications d'une telle charge ne sont pas claires. Cependant, le *Projet de loi n°92* en précise certains éléments : le principe de protection de l'eau pourrait notamment amener le Procureur général, au nom des intérêts de la nation à l'égard des ressources hydriques, à intenter une action en réparation contre l'auteur de dommages causés à ces ressources¹²⁶.

D'autre part, l'élaboration d'un cadre de gestion de l'eau par le biais de la notion de patrimoine commun peut être poursuivie

123. *Patrimoine commun*, *supra* note 62 aux pp. 388-389. Pour une étude poussée des questions que soulève l'application de la notion de patrimoine commun par rapport à la propriété, voir Isabelle Savarit, «Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière?», (1998) 14 Rev. fr. dr. admin. 305 (ci-après «*Patrimoine commun de la nation*»). Les conséquences peuvent être importantes en matière d'urbanisme et d'expropriation car la notion de patrimoine commun autorise l'Administration française à apporter des restrictions importantes au droit de propriété du sol qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de construire : *Lamy eau*, *supra* note 77, ¶105-9.

124. Voir *L'étrange pérennité*, *supra* note 70 à la p. 168.

125. Voir la *Politique nationale*, *supra* note 62 à la p. 83. Selon le préambule du *Projet de loi n°92*, *supra* note 9, l'État est gardien des intérêts de la nation à l'égard des ressources en eau souterraines qui constituent le patrimoine commun de la nation, et il se doit d'être investi des pouvoirs nécessaires pour en assurer la protection et la gestion.

126. *Projet de loi n°92*, *supra* note 9, art. 7-9.

grâce à un rapprochement avec la fiducie¹²⁷. À cet égard, la fiducie offre plusieurs pistes de réflexion qui peuvent avoir une influence directe sur les conséquences juridiques de la caractérisation de l'eau comme patrimoine commun. Premièrement, il semble que la fiducie en droit québécois corresponde à l'institution de la «fiducie expresse» en *common law*¹²⁸. Or, la *common law* considère que, dans certains cas, la fiducie expresse peut être définie comme une «fiducie politique» qui n'oblige l'État que moralement et n'est pas justiciable¹²⁹. Toutefois, il semble peu probable que cette conception de la fiducie puisse influencer l'élaboration de la notion de patrimoine commun à l'égard de l'eau puisque le *Projet de loi n°92* envisage d'emblée la mise en œuvre d'une action en réparation pour protéger le patrimoine hydrique. Deuxièmement, le droit des autochtones a abordé la question de l'obligation fiduciaire de l'État canadien par rapport aux terres ancestrales. Cette charge impose des obligations justiciables à l'État¹³⁰. Cependant, compte tenu des fortes particularités du droit des autochtones, il n'est pas certain que les développements en cette matière à l'égard de la fiducie exercent une influence déterminante à l'égard de l'interprétation des éventuelles obligations fiduciaires de l'État québécois par rapport au patrimoine commun de l'eau¹³¹.

127. La fiducie n'a pas fait l'objet d'une étude doctrinale au Québec en matière de gestion de l'eau. Toutefois, selon *Patrimoine commun de la nation*, *supra* note 123 à la p. 313, la notion de patrimoine commun débouche sur la fiducie, ce qui peut renforcer l'idée que l'État n'est pas propriétaire de la ressource et limiter l'appropriation privée de la ressource : voir l'art. 1261 C.c.Q.

128. Madeleine Cantin Cumyn, «L'acte constitutif d'une fiducie» dans Benoît Moore, *supra* note 118, 649 à la p. 651.

129. André Lajoie, «Avec des amis comme ceux là... Une double perspective sur les rapports fiduciaires» dans Commission du droit du Canada, *Les rapports fiduciaires : une question de confiance*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 83 aux pp. 90-91.

130. Voir en général Kent McNeil, «Fiduciary Obligations and Aboriginal People», 807 dans Mark Gillen & Faye Woodman, dir., *The Law of Trusts : A Contextual Approach*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2000, 807 aux pp. 813-826.

131. Cependant, dans *Guérin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335 aux pp. 384-388, la Cour suprême semble suggérer que les principes développés à l'égard de la charge fiduciaire de la Couronne en matière de droit des autochtones

Troisièmement, il existe un concept de «fiducie publique» en droit américain qui a été utilisé notamment pour limiter les droits découlant de l'appropriation de l'eau¹³². La fiducie publique peut aussi obliger l'État à gérer les ressources publiques afin qu'elles restent disponibles pour le public. Le défaut de respecter cette obligation fiduciaire est justiciable. Cependant, il semble que cette doctrine ne soit pas encore reçue au Canada¹³³. Néanmoins, des développements jurisprudentiels récents indiquent que la reconnaissance de cette doctrine est désormais possible, bien que ses implications juridiques ne soient pas encore précisément identifiées¹³⁴. Les nombreuses références à l'«intérêt public» dans le *Projet de loi n°92* renforcent l'impression que l'élaboration des principes relatifs à la notion de patrimoine commun pourrait être liée à la fiducie publique¹³⁵. Finalement, il est aussi possible d'esquisser les éventuels contours des obligations fiduciaires de l'État à l'égard du patrimoine commun hydrique par référence aux

soient en relation avec le droit de la fiducie au-delà des limites du droit des autochtones.

- 132. Scott Kidd, «Keeping Public Ressources in Public Hands: Advancing the Public Trust Doctrine in Canada», (2006) 16 J. Envtl. L. & Prac. 187 à la p. 194.
- 133. Donovan Waters, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3^{ième} éd., Toronto, Thomson Carswell, 2005 aux pp. 567-568.
- 134. Selon la Cour suprême dans *Colombie Britannique c. Canadian Forest Products*, [2004] 2 R.C.S. 74, para. 81, «It seems to me there is no legal barrier to the Crown suing for compensation as well as injunctive relief in a proper case on account of public nuisance, or negligence causing environmental damage to public lands, and perhaps other torts such as trespass, but there are clearly important and novel policy questions raised by such actions. These include the Crown's potential liability for inactivity in the face of threats to the environment, the existence or non-existence of enforceable fiduciary duties owed to the public by the Crown in that regard, the limits to the role and function and remedies available to governments taking action on account of activity harmful to public enjoyment of public resources, and the spectre of imposing on private interests an indeterminate liability for an indeterminate amount of money for ecological or environmental damage.» À cet égard, voir aussi Jerry DeMarco, «The Supreme Court of Canada's Recognition of Fundamental Environmental Value: What Could be Next in Canadian Environmental Law?», (2007) 17 J. Env. L. & Practice 159 aux pp. 195-203.
- 135. Par exemple, voir *Projet de loi n°92*, *supra* note 9, art. 17-31.81.

règles qui gouvernent les fiducies en droit civil¹³⁶. D'abord, l'État maîtriserait et administrerait pleinement les eaux en fiducie¹³⁷. Il devrait conserver et faire fructifier le patrimoine commun, conformément au meilleur intérêt de la collectivité québécoise¹³⁸. L'État ne pourrait exercer ses pouvoirs fiduciaires dans un autre intérêt que celui de la collectivité¹³⁹. Bien qu'il puisse déterminer les parts respectives des divers bénéficiaires parmi la collectivité québécoise, l'État serait tenu d'agir avec impartialité¹⁴⁰. Ce faisant, le patrimoine commun pourrait être grevé de droits réels mais ne pourrait faire l'objet d'une disposition à titre gratuit¹⁴¹. Finalement, il serait possible d'agir contre l'État afin de le contraindre à exécuter ses obligations de fiduciaire, et à faire un acte nécessaire ou à ne pas faire un acte dommageable pour le patrimoine commun¹⁴².

En somme, le droit statutaire montre que l'État québécois évite expressément de se déclarer propriétaire de l'eau souterraine. Ses droits à l'égard du domaine hydrique apparaissent moins étendus que les droits de propriété qu'il exerce par rapport aux terres de la Couronne. Par ailleurs, le gouvernement québécois veut faire de l'État le gardien et gestionnaire en fiducie d'un patrimoine hydrique commun appartenant à la nation québécoise. Bien que la reconnaissance de l'eau comme patrimoine commun puisse éventuellement déboucher sur une gestion économique de la ressource par l'action législative et réglementaire de l'État fiduciaire, ni la propriété publique ni la notion de patrimoine

136. La fiducie de type social semble particulièrement pertinente car elle réfère à l'intérêt général qui se retrouve aussi à l'art. 913 C.c.Q. (voir ci-dessous 2.4) de même qu'à l'art. 3 du *Projet de loi n°92*, *supra* note 9.

137. Art. 1278 C.c.Q.

138. Art. 1306, 1309 C.c.Q.

139. Art. 1310, 1311 C.c.Q.

140. Art. 1282, 1283 et 1317 C.c.Q. Notons que l'impartialité est exigible par les bénéficiaires successifs, ce qui est particulièrement pertinent dans un contexte de développement durable où les générations futures doivent recevoir ou disposer d'autant que les générations présentes.

141. Art. 1307, 1315 C.c.Q.

142. Art. 1290 C.c.Q.

commun ne permettent en elles-mêmes la gestion économique de l'eau souterraine.

2.4. L'eau souterraine : *res communis*

Une étude détaillée montre que la propriété privée de même que ses modalités et démembrements ne peuvent fournir un cadre juridique cohérent de gestion à l'égard des eaux souterraines. De plus, le législateur québécois évite de donner à l'eau souterraine le statut de bien domanial. Ce contexte juridique permet de conclure, suivant les arguments avancés dans la présente sous-partie, que l'eau souterraine est une *res communis* en vertu d'une disposition expresse. En effet, la loi ne mentionne jamais que l'eau dans son état naturel, en surface ou dans le sol, est susceptible d'être appréhendée par la propriété¹⁴³. Par contre, le CCQ mentionne expressément que l'eau est d'usage commun à tous :

913. Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code.

L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient.

A priori, l'eau est donc une chose commune hors de la portée du droit de propriété¹⁴⁴. La référence aux lois d'intérêt général contenue à l'article 913 CCQ permet d'établir que l'eau souterraine est effectivement visée par cette disposition¹⁴⁵. En

143. *L'eau, chose commune*, *supra* note 61 à la p. 410.

144. *Morin c. Morin*, [1998] R.J.Q. 23 (C.A.) (ci-après «*Morin c. Morin*») à la p. 28.

145. Pierre Issalys & Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 2^{ième} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002 (ci-après «*L'action gouvernementale*») aux pp. 67-70, fournissent une définition des termes «intérêt général» qui aide à comprendre l'interaction du régime de protection et de gestion de l'environnement avec l'intérêt privé dont la propriété permet l'épanouissement : «Il existe une présomption absolue à l'effet que toute loi est adoptée pour promouvoir l'intérêt général [...] Ce concept d'intérêt

effet, la LQE, qui est une loi d'intérêt général, définit l'eau comme étant l'eau de surface et l'eau souterraine où qu'elles se trouvent¹⁴⁶. Ainsi, l'eau souterraine est une *res communis*. Cependant, le deuxième alinéa de l'article 913 CCQ indique que le statut de l'eau souterraine comme *res communis* n'est pas constant. L'eau souterraine peut être un bien approprié si elle a deux caractéristiques cumulatives : 1) ne pas être d'utilité publique; 2) être recueillie et mise en récipient.

Premièrement, l'eau souterraine doit être destinée à l'utilité publique pour être *res communis*. La notion d'utilité publique est vague. Elle accorde un large pouvoir interprétatif aux tribunaux qui sont appelés à la définir. En contrepartie, elle confère à la notion de *res communis* une souplesse qui permet de faire face à la réalité du commerce de l'eau.

La notion d'utilité publique n'est pas étudiée en détail par la jurisprudence dans le cadre de l'article 913 CCQ¹⁴⁷. Toutefois, le volume d'eau et le nombre de personnes qui utilisent l'eau dont on tente de déterminer le caractère d'utilité publique semblent être des facteurs pouvant influencer la décision des tribunaux¹⁴⁸. Pourtant, ces deux facteurs sont incapables de rendre pleinement

général s'oppose à celui d'intérêt privé ou particulier. [...] En principe, l'intérêt général est d'abord et avant tout l'ensemble des intérêts communs de la collectivité, même s'il pourra souvent coïncider avec l'intérêt spécial d'un citoyen. [...] L'intérêt général pourra s'opposer à l'intérêt individuel ou à celui d'une collectivité donnée. [...] L'intérêt général est, en quelque sorte, fragmenté par les lois en vigueur et chacune d'elle en véhicule une partie sous forme d'intérêt public particulier. [...] Aussi, un but d'intérêt public identifié dans une loi pourra s'opposer à un autre but, lui aussi d'intérêt général, mais non reconnu par la loi.» (Citations et références omises).

146. Art. 1 §1^o LQE.

147. L'affaire *Gauthier c. Côté*, *supra* note 68, semble la seule qui traite du sujet sous l'article 913 C.c.Q.

148. *Gauthier c. Côté*, *supra* note 68 à la p. 7; *Rouleau c. Station Mont-Tremblant*, J.E. 2003-555 (C.S.) aux pp. 8-11. Aussi à l'effet que le nombre de personnes bénéficiaires est pertinent pour déterminer le caractère d'utilité publique, mais dans un contexte étranger au domaine hydrique, voir *École de technologie supérieure c. Société d'ingénierie C.I.M.A.*, [1997] R.J.Q. 2852 (C.S.) aux pp. 2863-2866.

compte de l'utilité publique d'une source d'approvisionnement parce qu'ils font abstraction des fonctions essentielles que la ressource remplit auprès de ses usagers¹⁴⁹. L'utilité publique doit aussi être déterminée par rapport à la fonction d'un objet, c'est-à-dire sa finalité. D'ailleurs, les développements relatifs à la notion d'utilité publique dans le cadre d'autres dispositions du CCQ permettent de qualifier l'objet par rapport à sa fonction¹⁵⁰. Par exemple, la théorie de l'accessoire entraîne la reconnaissance de l'utilité publique d'un objet même si le public n'y a pas un accès général¹⁵¹.

D'autre part, quelques dispositions accordent des droits d'utilisation spécifiques par rapport à certaines eaux. Ainsi, toute personne a le droit de circuler sur les cours d'eau et les lacs à condition de respecter certaines modalités¹⁵². La jurisprudence reconnaît clairement le lien entre l'article 913 CCQ et le droit de

149. Si le volume d'eau et le nombre de bénéficiaires sont les deux seuls critères permettant de déterminer l'utilité publique de la ressource, il est possible de se poser la question suivante : la source d'eau souterraine qui approvisionne les 30 utilisateurs du réseau municipal Pointe-Parent dans la municipalité de Natashquan est-elle d'utilité publique, compte tenu notamment du nombre de personnes desservies par rapport à la population totale de la municipalité (374 personnes)? Que la question se pose révèle d'emblée l'insuffisance de ces deux critères de qualification.

150. Voir par exemple les art. 916 et 952 C.c.Q. L'affaire *Commission Scolaire Saint-Jérôme c. Alco-Tek Électrique inc.*, [1997] R.D.I. 234 (C.S.), définit l'utilité publique sous l'art. 916 C.c.Q. Le droit de l'expropriation permet de saisir la relation entre l'utilité publique mentionnée et la fonction ou la finalité d'un objet : l'expropriation est justifiée par l'utilité publique selon l'art. 952 C.c.Q. et l'autorité qui exproprie doit indiquer la finalité de l'expropriation selon l'article 40 al.2 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q. c. E-24. Par ailleurs, lorsqu'une loi prévoit expressément un motif d'expropriation, il faut présumer que l'objet qui peut être exproprié est d'utilité publique. L'eau qui peut servir de source d'approvisionnement au sens des articles 41 et 42 LQE est donc d'utilité publique car elle peut être visée dans le cadre d'une expropriation par une municipalité ou un exploitant d'aqueduc privé.

151. *Bâtiments Kalad'Art inc., c. Construction D.R.M. inc.*, [2000] R.J.Q. 72 (C.A.) aux pp. 75-77; *Biens et propriété*, *supra* note 34 aux pp. 145-147.

152. Art. 920 C.c.Q.

circulation sur les eaux de surface¹⁵³. Un tel droit confère aux eaux de surface une utilité publique, ce qui permet de mieux définir le domaine d'application de l'article 913 CCQ par rapport aux eaux : notamment, les eaux sur lesquelles l'exercice du droit de circulation est possible sont des *res communes* insusceptibles d'appropriation selon le droit commun de la propriété¹⁵⁴.

Le deuxième alinéa de l'article 913 CCQ introduit une nuance qui aide à clarifier la portée de cette disposition dans un tel contexte : il n'est pas nécessaire que l'utilité publique de la ressource soit immédiate; plutôt, il est suffisant que l'eau soit destinée à l'utilité publique. À ce point, la réalité du cycle hydrologique doit être prise en compte. À l'étiage, le débit d'un cours d'eau ne peut provenir, en l'absence de toute pluviométrie, que de l'écoulement des nappes souterraines. De même, tout prélèvement dans une nappe provoque une diminution du débit des sources et des cours d'eau alimenté par la nappe¹⁵⁵. À terme, l'écoulement de l'eau souterraine permet l'exercice du droit de circulation. Compte tenu de l'unité du cycle hydrologique, toute eau à l'état naturel, où qu'elle se trouve, peut être considérée *a priori* comme *res communis*. Dans une certaine mesure, il est alors possible d'envisager une reconnaissance légale du cycle hydrologique liée à la notion de *res communis*.

Cette amorce de reconnaissance est renforcée par la servitude d'écoulement, selon laquelle les terrains en aval hydraulique sont assujettis à recevoir toutes les eaux qui

153. *Morin c. Morin*, *supra* note 144 aux pp. 28-29; *Association des résidents du lac Mercier inc. c. Paradis*, [1996] R.J.Q. 2370 (C.S.) à la p. 2378.

154. Dans Charlotte Lemieux, «La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation», (1992) 23 R.D.U.S. 191 à la p. 198, le lien entre la définition d'utilité publique de l'art. 913 C.c.Q. et le droit d'utilisation accordé par l'art. 920 C.c.Q. est identifié. Toutefois, Charlotte Lemieux établit une distinction entre l'usage public (ex. : art. 920 C.c.Q.) et l'utilité publique. Une telle distinction paraît artificielle et n'est pas retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Morin c. Morin*, *supra* note 144 aux pp. 28-29.

155. *Lamy eau*, *supra* note 77, ¶105-4.

découlent naturellement des terrains en amont hydraulique¹⁵⁶. La servitude d'écoulement contraint à la fois le propriétaire du terrain en aval hydraulique, qui ne peut empêcher cet écoulement par la construction d'un ouvrage, et le propriétaire du terrain en amont, qui ne peut généralement pas aggraver la situation du terrain en aval¹⁵⁷. Finalement, à l'égard des eaux de surface, la

156. Art. 979 C.c.Q. Notons cependant que la servitude d'écoulement est profondément altérée par le régime que met en place la *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13 (ci-après «LRE»). Cette loi crée une «servitude légale d'inondation» : Louise Ouellet, «La portée juridique de certaines dispositions de la *Loi sur le régime des eaux*», 141 à la p. 145, dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999. Dans ce cas, l'intérêt général repose sur le développement économique et requiert que le cycle hydrologique subisse des modifications : Lorne Giroux, Marie Duchaine, Gilbert Noreau & Johanne Vézina, «Le régime juridique applicable aux ouvrages de retenue des eaux au Québec», (1997) 38 C. de D. 3 aux pp. 6-7.

157. Art. 979 C.c.Q. Le propriétaire du terrain d'amont peut toutefois se prévaloir d'exceptions lui permettant de modifier l'écoulement de l'eau. Par ailleurs, l'interprétation de l'art. 979 C.c.Q. limitant les contraintes applicables au propriétaire du terrain en amont hydraulique doit être écartée. Contrairement au courant jurisprudentiel auquel appartiennent les affaires *Brousseau c. Martel*, [1990] R.D.I. 620 (C.S.) à la p. 623 et *Orychiwsky c. Murphy*, [2005] R.D.I. 109 (C.S.) aux pp. 113-114, il est nécessaire d'accorder tout son sens à l'art. 979 C.c.Q. Selon ces décisions, un ouvrage réalisé sur le terrain d'amont qui empêche les eaux de couler naturellement vers le terrain en aval ne constitue pas une aggravation de sa situation. Pourtant, il est difficile de saisir pourquoi l'installation d'un ouvrage de captage d'eau souterraine par le propriétaire du terrain supérieur, installation qui empêche l'écoulement naturel vers le terrain inférieur où le voisin ne peut plus procéder au pompage d'eau souterraine à ses propres fins, ne constitue pas une aggravation. Cependant, ces jugements doivent être compris dans le contexte historique et hydrographique québécois. Compte tenu de l'abondance de l'eau dans nos régions, la jurisprudence traite principalement de litiges causés par un surplus d'eau. De plus, les connaissances relatives aux autres eaux que celles des cours d'eau et des lacs sont relativement récentes et les problématiques qui y sont liées n'ont pas encore été parfaitement intégrées par le droit civil traditionnel. C'est pourquoi l'art. 981 C.c.Q., qui accorde un droit d'usage restreint sur les eaux de surface, est traditionnellement considéré comme le pendant naturel de l'art. 979 C.c.Q. : puisque les eaux principalement appréhendées par le droit civil traditionnel dans le cadre de ces articles

reconnaissance implicite du cycle hydrologique est complétée par l'interdiction de toute modification importante des débits ou des volumes hydriques¹⁵⁸.

Deuxièmement, les eaux souterraines ne peuvent être appropriées avant d'être recueillies et mises en récipient¹⁵⁹. D'une part, l'eau d'une source dont il est possible d'user et de disposer n'est un bien appropriable sujet au droit de propriété que si cette eau est recueillie et mise en récipient par le propriétaire du terrain¹⁶⁰. L'eau souterraine à l'état naturel est toujours une *res communis*. La ressource cesse d'être une *res communis* uniquement lorsqu'elle est contenue dans un récipient. Tant qu'elle n'est pas confinée à un récipient, la propriété de l'eau souterraine échappe au propriétaire immobilier¹⁶¹. D'autre part, le texte du deuxième alinéa de l'article 913 CCQ implique indéniablement que le recueillement en récipient ne peut priver une eau destinée à l'utilité publique du statut de *res communis*. La distinction entre *res communis* et *res nullius* acquiert ainsi une signification par rapport aux eaux souterraines : la véritable eau *res communis* – c'est-à-dire celle dont l'appropriation est empêchée par l'effet du droit et non pas parce que personne n'y a encore

sont les eaux de surface, il n'a pas encore été considéré comme nécessaire d'accorder tout son sens à l'art. 979 C.c.Q.

158. Art. 981 C.c.Q. L'affaire *Morin c. Morin*, *supra* note 144 aux pp. 28-29, identifie aussi certaines eaux visées à l'art. 981 C.c.Q. comme d'utilité publique au sens de l'art. 913 C.c.Q. Il faut préciser que les volumes qui peuvent être utilisés par le propriétaire riverain sans modification quantitative importante ne font pas partie des eaux d'utilité publique.

159. Voir *Amos (Ville d') c. Loranger*, [1999] T.A.Q. 1021 à la p. 1029.

160. Ici, les droits d'user et de disposer font référence aux droits accordés par l'art. 980 C.c.Q. Selon les commentaires du ministre de la Justice lors de la réforme du droit civil, la règle énoncée par l'art. 980 C.c.Q. est en accord avec l'art. 913 C.c.Q. : *Commentaires du ministre*, *supra* note 38 à la p. 330.

161. Il faut donc conclure que l'art. 980 C.c.Q. n'accorde pas de droit de propriété, ou un démembrement ou une modalité quelconque du droit de propriété à l'égard de la ressource mais seulement un droit d'utilisation sur certaines eaux. Cette conclusion est conforme à la doctrine : *L'eau, chose commune*, *supra* note 61 à la p. 409; *Bilan de la réforme*, *supra* note 42 à la p. 328-330.

songé ou n'en a les moyens techniques – est l'eau d'utilité publique.

En somme, la combinaison des deux caractéristiques cumulatives prévues à l'article 913 CCQ permet d'établir que l'eau souterraine à l'état naturel est toujours une chose commune, quelle que soit sa situation particulière. Puisque le statut de *res communis* implique que la propriété soit inapplicable à la ressource, la propriété ne peut pas directement constituer, sous quelque forme que ce soit, un cadre juridique permettant la gestion économique de l'eau souterraine¹⁶². Il reste alors à déterminer si la caractérisation de la ressource comme chose commune impose un cadre juridique en matière de gestion de l'eau souterraine.

Cette question commence à peine à faire l'objet d'une attention particulière en droit québécois¹⁶³. La doctrine française tente depuis plus longtemps d'établir que la notion de *res communis* implique un mode de gestion spécifique¹⁶⁴. Le trait essentiel de ce mode de gestion reposerait sur l'utilisation sans dégradation qui ne fait pas obstacle à un même usage par autrui. À l'égard de l'eau, un tel mode de gestion semble inapplicable¹⁶⁵. L'eau qui est bue en fournit un bon exemple : un premier usage alimentaire rend impossible la réutilisation directe et immédiate de la ressource aux fins d'alimentation. L'eau usagée est rejetée dans l'environnement et suit le cheminement du cycle hydrologique afin d'être recyclée et purifiée pour finalement retomber sous forme de pluie en amont du point de captage d'un réseau d'aqueduc avant d'être bue à nouveau. Par ailleurs, si le mode de gestion qu'impose la caractérisation comme *res communis* vise des usages successifs de même nature aussi éloignés que

162. En particulier, voir la section 1.3 du texte.

163. Voir Madeleine Cantin Cumyn, «Le régime juridique de l'eau, chose commune», dans Catherine Choquette & Alain Létourneau, *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Québec, Éditions Multimondes, 2008 [«Le régime juridique de l'eau, chose commune»].

164. Voir notamment *Droit de l'environnement*, *supra* note 44 à la p. 149.

165. Voir *supra* note 105.

ceux qui sont identifiés dans cet exemple, le critère d'utilisation ne faisant pas obstacle à un même usage par autrui perd toute valeur opérationnelle spécifique puisqu'il s'applique aussi bien à l'eau embouteillée, parfaitement appropriée, qu'à l'eau chose commune. En somme, le mode de gestion des *res communes* proposé par la doctrine française est inadéquat car il ne reconnaît pas le caractère consomptible inhérent de certaines choses communes.

À l'égard des implications de la qualification comme *res communis* sur la gestion de l'eau souterraine, une autre piste semble plus prometteuse. Selon l'article 3 du *Projet de loi n°92*, la protection, la restauration, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau seraient d'intérêt général. Compte tenu de l'utilisation de la même notion d'intérêt général au premier alinéa de l'article 913 CCQ, il est possible d'imaginer deux conséquences par rapport à la qualification de la ressource comme chose commune suite à la sanction du *Projet de loi n°92* : le droit statutaire ayant trait à la gestion des ressources hydriques devrait respecter les principes énoncés à l'article 3 du *Projet de loi n°92*; en l'absence de norme législative ou réglementaire applicable à l'un des aspects spécifiques de la gestion de l'eau, toute opération visant la ressource à l'état naturel devrait respecter les principes énoncés à l'article 3 du *Projet de loi n°92*.

Quoi qu'il en soit, avant que le *Projet de loi n°92* ne soit sanctionné, il semble préférable de limiter au droit effectif l'analyse des effets de la caractérisation comme chose commune sur la gestion de l'eau souterraine. L'article 913 CCQ indique d'abord que l'eau souterraine est d'usage commun à tous. Cette seule indication est insuffisante pour permettre une gestion effective de la ressource par le biais de la notion de *res communis* : elle implique que toute personne peut utiliser la chose commune sans indiquer la qualité que l'eau doit conserver, ni identifier les volumes pour lesquels son usage est accordé ou encore les fins auxquelles elle peut servir. *A priori*, l'article 913 CCQ semble offrir

libre accès à l'eau souterraine. Or, une telle situation mène à la spoliation de la ressource¹⁶⁶.

Cependant, l'article 913 ajoute que l'eau est régie par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le CCQ¹⁶⁷. Puisque le droit statutaire restreint l'usage de la ressource et autorise l'accès à des volumes déterminés, l'eau souterraine n'est effectivement pas libre d'accès¹⁶⁸. De plus, le droit commun de la propriété en régit aussi l'utilisation. La propriété immobilière accorde au propriétaire un droit d'utilisation par rapport à n'importe quelles eaux touchant un immeuble¹⁶⁹. Ce droit n'est pas compris dans l'*usus* lié à la propriété du terrain; il n'est pas inclus dans le droit de propriété mais est plutôt exorbitant de ce dernier¹⁷⁰. Sa position dans le CCQ indique qu'il s'agit d'un droit

166. À ce sujet, voir *supra* note 103, de même que Edella Schlager, «Common-Pool Resource Theory» dans Robert Durant, Daniel Fiorino & Rosemary O'Leary, dir., *Environmental governance reconsidered : challenges, choices and opportunities*, Cambridge, MIT Press, 2004, 145.

167. Il s'agit d'une solution qui rejoint celle que propose le droit français. Selon Jean-Yves Cherot, «Droit et environnement : introduction au séminaire» dans Jean-Yves Cherot & al., *Droit et environnement : propos pluridisciplinaire sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, 7 à la p. 10 : «[l]e régime d'utilisation de la chose commune ne passe donc pas par des arrangements entre les usagers. La réglementation de l'usage de la chose doit être établie par l'autorité de police.»

168. Pour une étude du régime statutaire de gestion de l'eau souterraine, voir Hugo Tremblay, *Étude du cadre juridique de gestion quantitative des eaux souterraines au Québec*, Essai de maîtrise, Québec, Université Laval, 2007 aux pp. 43-78 [*Gestion quantitative des eaux souterraines*].

169. Art. 980 al.1 C.c.Q.; voir aussi *supra* note 161. Par ailleurs, l'interprétation de l'ensemble des art. 979-981 C.c.Q. implique que la notion de «source» utilisée à l'art. 980 C.c.Q. n'est plus considérée comme liée à un objet matériel concret tels une ouverture dans la roche ou un jaillissement d'eau. La notion de source réfère plutôt à l'accès à toute eau qui touche à la propriété immobilière, ce qui semble plus conforme à la réalité hydrologique et à l'unicité de la ressource. La référence à la notion de source dans l'énumération de l'art. 982 C.c.Q. doit être comprise comme une mention générique englobant les exemples suivants, ce qui correspond à l'ordre de l'énumération.

170. Cette interprétation de l'ensemble des art. 979-981 C.c.Q. affranchie du droit de propriété sur les eaux est cohérente avec les développements

réel, ou *in rem*, attaché au sol et non à la personne. Un propriétaire l'acquiert et le perd en même temps qu'il acquiert et vend un terrain. Ce droit permet notamment de modifier l'écoulement naturel des eaux¹⁷¹. Cependant, les volumes desquels il permet l'usage restent *a priori* indéterminés. Les règles de bon voisinage s'y appliquent et peuvent éventuellement entraîner l'identification précise des quantités auxquelles le propriétaire a droit en cas de litige. Toutefois, en l'absence de voisins, le droit d'utilisation offre effectivement au propriétaire un accès libre à l'eau selon le droit commun de la propriété¹⁷². Dans ce contexte, il est possible d'identifier le droit de propriété immobilière comme étant la condition essentielle qui donne naissance au droit d'utilisation de l'eau souterraine¹⁷³.

Par ailleurs, la propriété permet aussi au titulaire de monopoliser l'accès à l'eau et l'usage de la ressource sur sa

présentés ci-dessus et reproduit l'interprétation des art. 993-996 C.c.Q. sur les vues. Les dispositions sur les vues partagent le même contexte de voisinage immobilier que les dispositions relatives aux eaux. Or, les dispositions sur les vues gèrent la circulation de la lumière d'une propriété immobilière à l'autre. Pourtant, personne ne prétend à la propriété de la lumière. De même en est-il de la circulation de l'eau, qui est gérée par les art. 979-981 C.c.Q. sans que la propriété ne s'attache à la ressource.

171. Voir les art. 980 al.2 et 981 C.c.Q., qui constituent des exceptions à l'obligation contenue à l'art. 979 C.c.Q. de laisser l'eau s'écouler naturellement. Notons que le droit d'utilisation de l'eau est restreint par rapport à certaines eaux de surface. En vertu du droit civil, les droits d'utilisation de l'eau souterraine sont donc plus larges que les droits d'utilisation sur les eaux de surface.

172. À l'égard des litiges entre voisins relativement aux eaux souterraines, voir notamment les art. 976 et 982 C.c.Q., de même que *Gestion quantitative des eaux souterraines*, *supra* note 168 aux pp. 95-102.

173. Il s'agit de la seule interprétation qui donne un sens à la fois aux mots « régi... par le présent code » de l'art. 913 al.1 C.c.Q. et tout son sens à l'art. 980 al.1 C.c.Q. Par exemple, si le droit d'usage accordé à tous par l'art. 913 al.1 C.c.Q. subsistait sur la propriété immobilière d'un tiers, l'art. 980 al.1 C.c.Q. serait inutile puisque son sens serait déjà inclus dans le droit d'usage de l'art. 913 C.c.Q. L'art. 980 al.1 C.c.Q. n'a une utilité que s'il accorde au propriétaire immobilier un droit que d'autre n'ont pas, c'est-à-dire le droit d'usage de l'eau touchant son immeuble sur son immeuble.

propriété immobilière en excluant les tiers, sous réserve des droits publics tels que le droit de navigation¹⁷⁴. L'existence d'un droit indéterminé d'utilisation de l'eau souterraine institue *de facto* une classe de personnes ne pouvant utiliser l'eau souterraine faute d'accès à la propriété immobilière¹⁷⁵. Ainsi, le droit civil induit de façon indirecte une répartition quantitative bivalente de l'eau souterraine entre les propriétaires et les non-propriétaires. Ce mécanisme de gestion est primitif car il ne permet pas la gestion de l'eau souterraine selon des quantités ou qualités spécifiques mais accorde l'équivalent d'un droit d'accès dont la portée est *a priori* indéfinie. Puisque le cadre juridique offert par le droit civil à l'égard de la chose commune est imprécis aux niveaux quantitatif et qualitatif, et ne découple pas le droit de propriété immobilière du droit d'utilisation de l'eau, ce cadre n'engage pas la gestion de la ressource selon une approche économique.

CONCLUSION

En théorie, le droit de propriété permet la gestion économique de l'eau et l'apparition de mécanismes de marché s'il offre un cadre juridique applicable à la ressource qui réunit les caractéristiques suivantes : il définit et établit précisément la quantité et la qualité d'eau qui lui est sujette; il rompt les liens

174. Comme le mentionne *Le régime juridique de l'eau, chose commune*, *supra* note 163, «Lorsque le sol est la propriété d'un particulier, il ne serait pas possible d'autoriser l'accès de tiers à la source sans entamer de façon décisive la jouissance du propriétaire du fonds. La règle qui privilégie ce dernier n'entraîne pas pour autant comme conséquence nécessaire qu'il ait la propriété de l'eau de la source. L'exclusion des tiers reste compatible avec la qualification de l'eau de la source comme une chose commune : elle admet que, dans ces circonstances particulières, la source sert exclusivement à satisfaire les besoins en eau du propriétaire du fonds.» Une autre interprétation accorderait une portée si large à l'art. 913 C.c.Q. que le droit d'usage prévu à cet article provoquerait un affaiblissement critique du droit de propriété immobilière tel qu'exercé traditionnellement.

175. Cette affirmation constitue un énoncé général qui laisse place aux divers droits réels et personnels. Un usufruitier ou même un locataire peuvent avoir accès aux eaux à l'état naturel, mais cet accès reste conditionnel à la volonté initiale du propriétaire qui accepte l'usufruit ou la location.

juridiques entre les droits de propriété de l'eau et les droits de propriété du sol; il permet le transfert des droits de propriété sur l'eau d'une personne à l'autre contre compensation économique; les droits de propriété sont permanents ou valides sur une période suffisamment longue pour avoir une réelle valeur par rapport à des acheteurs potentiels; les droits de propriété sont protégés par l'Administration et les tribunaux, opposables aux tiers et, le cas échéant, justiciables.

L'analyse du cadre juridique relatif aux diverses formes de la propriété de l'eau souterraine permet de conclure que la propriété ne s'applique pas à la ressource. D'abord, la propriété privée est incapable d'appréhender l'eau souterraine et les tentatives en ce sens induisent des incohérences fragilisant la structure du droit commun de la propriété en tant que régime de gestion des ressources. De plus, même si elle s'y appliquait, la propriété privée lierait la propriété de l'eau souterraine à celle du sol et ne permettrait pas de définir les volumes et la qualité de l'eau sur lesquels le titre porterait. Ensuite, les modalités et démembrements de la propriété privée qui offrent potentiellement des manifestations concrètes de la propriété commune de l'eau souterraine dans le contexte québécois ne constituent pas un cadre de gestion adéquat de la ressource car ils sont imprécis, ne sont pas assez souples pour tenir compte des schémas d'usage actuels, et sont incapables de prendre en considération la réalité hydrologique. Finalement, la propriété publique n'a pas d'impact direct sur la gestion de l'eau souterraine parce que l'État québécois évite spécifiquement de s'approprier la ressource. Au contraire, l'eau souterraine à l'état naturel est une chose commune par l'effet d'une disposition expresse, et l'appropriation de la ressource est impossible.

Ainsi, le droit de propriété, sous quelque forme que ce soit, ne fournit pas directement de cadre juridique permettant une gestion économique de la ressource. Dans la mesure où d'éventuels instruments statutaires de gestion économique sont mis en place, l'action des autorités législatives et réglementaires est libre des contraintes qui auraient pu découler de l'application

directe de la propriété à la ressource et du chevauchement de deux cadres juridiques visant le même objet.

Néanmoins, le droit commun de la propriété a une influence indirecte sur la gestion de la ressource en tant que chose commune car il en restreint l'usage. Le CCQ prévoit que le cadre général des droits d'utilisation de la ressource est fourni par la servitude d'écoulement : en principe, l'écoulement naturel de l'eau doit rester libre¹⁷⁶. Toutefois, la propriété immobilière est liée à un droit d'utilisation par rapport à n'importe quelles eaux touchant l'immeuble¹⁷⁷. Ce droit permet de modifier l'écoulement naturel des eaux¹⁷⁸. Ainsi, le droit civil institue *de facto* une classe de personnes ne pouvant utiliser l'eau souterraine faute d'accès à la propriété immobilière. Le statut de propriétaire immobilier induit de façon indirecte une répartition quantitative bivalente de la ressource. Ce mécanisme est primitif car il ne permet pas la gestion économique de l'eau souterraine selon des quantités spécifiques mais accorde *a priori* l'équivalent d'un droit d'accès dont la portée est indéfinie¹⁷⁹.

176. Art. 979 C.c.Q.

177. Art. 980 al.1 C.c.Q.

178. Toutefois, le droit d'utilisation de l'eau est restreint par rapport à certaines eaux de surface : art. 980 al.2 et 981 C.c.Q.

179. Toutefois, les art. 976 et 982 C.c.Q. encadrent l'art. 980 al.1 C.c.Q. et offrent un moyen de dernier recours pour répartir précisément la ressource en cas de conflit.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES EN ARBITRAGE IMPLIQUANT LES SOCIÉTÉS EN GROUPEMENT

Auteur(s) : Amissi MANIRABONA

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **541-576**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES EN ARBITRAGE IMPLIQUANT LES SOCIÉTÉS EN GROUPEMENT

par Amissi MANIRABONA^{*}

L'arbitrage commercial est habituellement connu comme étant un mécanisme privé de règlement des différends entre les parties qui y ont préalablement consenti dans une convention d'arbitrage. Cependant, dans la pratique, on remarque que les arbitres font souvent exception à la règle de l'effet relatif du contrat au nom de l'efficacité de la procédure arbitrale. Cela est fréquent notamment en matière d'arbitrage impliquant les groupes de sociétés. Cet article vise à montrer que pour pouvoir retenir la participation, au processus arbitral, d'un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, les arbitres ont recours à plusieurs mécanismes. Généralement, les arbitres considèrent comme étant un consentement tacite, à la procédure d'arbitrage, la participation à la constitution du tribunal arbitral. En outre, si, par sa conduite, une société non-signataire crée de la confusion avec une société signataire, les arbitres procèderont souvent à l'extension des effets de la convention d'arbitrage lorsque cette confusion est susceptible de causer un préjudice au tiers de bonne foi ou de violer l'ordre public. Enfin, lorsque les conditions sont réunies, la théorie de l'abus de droit ainsi que celle de l'entité économique constituent des outils efficaces, pour les arbitres, d'amener au processus arbitral, par contrainte ou sur demande, une partie non-signataire de la convention d'arbitrage.

Commercial arbitration is a private mechanism intended to settle disputes between two or more parties who have agreed to it beforehand by means of an arbitration clause. However, in practice, one notes that arbitrators often deviate from the doctrinal rule governing the relative effect of contracts in order to render the arbitration process more effective. This occurs frequently in arbitration proceedings involving companies. The aim of this article is to illustrate how arbitrators may utilize various means in order to involve non-signatory companies in the process. Generally, arbitrators view as a tacit consent to the arbitration proceedings participation in the constitution of an arbitration tribunal. Moreover, if by its conduct, a non-signatory company becomes confused with a signatory to the agreement, arbitrators often extend the effects of the arbitration agreement when this confusion may be harmful to the interests of third parties or when it is contrary to public order. Finally, when certain conditions are met, the abuse of rights doctrine as well as the «group enterprise theory» may be effective means for arbitrators to include in the arbitration proceedings, either by constraint or voluntarily, a party who has not signed the arbitration agreement.

^{*} . LL.M, Doctorant, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	543
A. <i>L'exécution d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage : la participation à la constitution du tribunal arbitral.....</i>	549
B. <i>La confusion entretenue par la société signataire et celle non-signataire comme expression du consentement à l'arbitrage multipartite</i>	553
1. La confusion créée par la conduite d'un non-signataire : application de la théorie de l' <i>estoppel</i>	553
2. La confusion intentionnellement entretenue : les notions de fraude et de l' <i>alter ego</i>	562
C. <i>L'application de la théorie de l'abus de droit</i>	565
D. <i>L'application de la théorie de l'entité économique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage</i>	569
CONCLUSION	575

INTRODUCTION

Au sortir de la 2^e Guerre mondiale, le besoin de la reconstruction rapide des États a entraîné des grands travaux qui, souvent, dépassaient les possibilités matérielles et financières d'une seule entreprise. Afin de pouvoir faire face à ces vastes chantiers, il s'est avéré plus pratique pour les compagnies de faire des alliances entre elles, ce qui a, petit à petit, conduit à la constitution des groupes de sociétés. Actuellement, avec le phénomène de la mondialisation, on assiste à la prolifération des sociétés en groupe qui opèrent tant au niveau interne qu'au niveau international.

Dans la réalisation de leurs opérations, les groupes de sociétés sont impliqués dans de très nombreux et complexes contrats interdépendants avec d'autres partenaires locaux ou étrangers. La conséquence en est que ce genre d'opérations engendre souvent une multitude de litiges dont la complexité dans leur règlement n'est plus à démontrer¹. La complexité du règlement des différends impliquant les groupes de sociétés les pousse à préférer le processus d'arbitrage plutôt que le système judiciaire étatique. L'arbitrage est d'autant plus indiqué à régler les litiges complexes qu'il peut être facile de rassembler, dans une seule instance, toutes les parties concernées et toutes les questions litigieuses². L'unification du contentieux permet ainsi aux parties, non seulement d'éviter les contradictions des décisions auxquelles peuvent donner lieu les procédures séparées, mais aussi de réaliser l'économie d'argent et de temps³.

-
1. À ce sujet, voir : Anne-Marie Whitesel et Eduardo Silva Romero, «Multiparty and Multicontract Arbitration : Recent ICC Experience» dans *Complex Arbitrations – Special Supplement* [2003] *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 7.
 2. *Ibid.* Selon ces auteurs, le nombre d'affaires multipartites soumises à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a augmenté de 20.4% en 1993 à 31.2% en 2002.
 3. Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Student edition, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 174; Antoine KASSIS, «L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation», [1988] *D.P.C.I.* 221.

Cependant, quoique souhaitable, l'unification des procédures arbitrales ne peut être possible que lorsque chaque partie au litige y consent. En effet, les groupes de sociétés, dans leur ensemble, n'ont pas de statut juridique et ne sont donc pas «sujet de droit»⁴. S'il est vrai qu'au sein des groupes de sociétés, il existe une certaine unité économique, il n'en demeure pas moins que chaque membre du groupe possède une personnalité juridique distincte de celle d'un quelconque autre membre. Cela veut dire que les sociétés membres d'un groupe restent juridiquement autonomes et indépendantes les unes par rapport aux autres.⁵ Cette indépendance juridique est de plus en plus remarquable lorsque les sociétés membres du groupe sont de nationalités différentes faisant affaires sous diverses juridictions.

En droit canadien ou québécois, la personnalité juridique, reconnue à toute société depuis l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Salomon*⁶, confère à son titulaire un certain nombre d'attributs. Entre autres attributs, le *Code civil* du Québec, dans sa consécration de la jurisprudence *Salomon*, édicte que la personne morale possède son propre patrimoine ainsi que ses propres nom et domicile⁷. De même, la personne morale est la seule engagée par ses actes⁸. Elle est aussi la seule à agir pour contester les actes dommageables commis à son encontre et pour en demander la réparation⁹.

Selon le droit canadien donc, en tant que titulaire de la personnalité juridique, chaque membre du groupe de sociétés contracte pour son propre compte, et ses engagements sont inopposables aux autres membres. Dans ces conditions, aucune unification des procédures arbitrales ne paraît possible sans que chaque partie y consente. En matière arbitrale, le caractère

4. Thierry Gauthier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Paris, Litec, 2000 à la p. 9.

5. *Ibid.*

6. *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1897] A.C. 22.

7. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art. 302, 305, 307 [C.c.Q.].

8. Art. 309 C.c.Q.

9. *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83 à la p. 93.

conventionnel est si fondamental que l'arbitre tire toute sa légitimité de la volonté des parties. Il s'ensuit qu'étant un contrat, la convention d'arbitrage n'a d'effets qu'entre les seules parties contractantes¹⁰. En effet, c'est l'autonomie des parties qui constitue la seule base du processus d'arbitrage et le pouvoir d'un tribunal arbitral doit venir d'une référence consensuelle¹¹.

Or, l'environnement contractuel dans lequel opèrent les groupes de sociétés, caractérisé par une diversité aussi bien de contrats que de partenaires juridiquement indépendants les uns des autres, peut constituer un obstacle qui limite la possibilité d'adhésion, par les membres du groupe, à une même convention d'arbitrage. C'est ainsi que la nécessité de résoudre les litiges connexes dans une même procédure arbitrale a occasionné le développement d'un courant jurisprudentiel qui estime que la participation à l'arbitrage ne devrait pas être limitée aux seules parties qui ont préalablement consenti à la convention d'arbitrage.

Selon cette tendance de la jurisprudence arbitrale, dans le cas des sociétés liées, il est inacceptable qu'un membre du groupe se soustraie à l'arbitrage tout simplement en faisant valoir le fait qu'il n'a pas signé la convention d'arbitrage¹². Dans cette optique, certains arbitres estiment en effet que le formalisme ne devrait pas occulter la réalité des choses. Ils sont d'avis que le comportement d'une partie devrait suffire pour que celle-ci soit jointe à l'instance

10. Art. 1440 C.c.Q.

11. Voir sentence dans l'affaire CCI n° 10758, [2000] *J.D.I.* 1171, 1172; Jacqueline Rubellin-Devichi, «De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans la jurisprudence récente» [1981] *Rev. arb.* 29 et 30.

12. Affaire CCI n° 4131, [1983] *J.D.I.* 899 (Dans cette affaire, le tribunal arbitral a étendu la procédure arbitrale aux parties non-signataires des clauses d'arbitrage en ces termes : «la clause compromissoire, expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler»).

arbitrale quand bien même elle n'aurait pas signé la convention arbitrale¹³.

Confronté à la question de savoir si la jonction à la procédure, d'un non-signataire de la convention d'arbitrage, constituait une entorse à la règle qui exige l'existence d'un écrit constatant le consentement des parties, le Tribunal fédéral suisse a donné une réponse négative dans un arrêt rendu le 16 octobre 2003¹⁴. Dans cet arrêt, les sociétés défenderesses reprochaient au tribunal arbitral le fait qu'il s'était déclaré compétent à l'égard d'une partie qui n'avait pas signé la convention d'arbitrage, en l'occurrence, leur principal actionnaire. Elles exigeaient que le Tribunal fédéral suisse annule cette sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI pour avoir violé la règle qui subordonne la validité de la convention d'arbitrage à l'existence d'un écrit signé par toutes les parties. Dans ces motivations, le Tribunal fédéral a estimé que l'exigence de forme ne concerne que les parties initiales qui ont signé la convention d'arbitrage et que la question de l'extension des effets de la convention d'arbitrage relève du fond du litige¹⁵.

De son côté, la jurisprudence française est depuis longtemps d'avis que la validité et l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international exigent :

d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités, font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause

-
13. À ce sujet, voir André Chapelle, «Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Intervention d'État)», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 475 et 476.
 14. Arrêt 4P.115/2003, Tribunal fédéral suisse, en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-emplate/jurisdiction-rec ht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.
 15. *Ibid.* au para. 5.3.1.

*d'arbitrage bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant*¹⁶.

À côté de la jurisprudence, il existe aussi un courant doctrinal qui considère que lorsque certains contrats sont interdépendants ou lorsque certaines obligations des parties sont étroitement imbriquées, il serait inapproprié de ne pas traiter les différends qui en résultent dans une seule instance, que toutes les parties aient consenti à l'arbitrage ou non¹⁷. Selon cette opinion, l'exigence d'une bonne administration de la justice et, quelque fois, l'équité, recommandent qu'on évite la dispersion du règlement des contentieux intimement liés dans leur principe¹⁸.

Néanmoins, malgré cette récente évolution jurisprudentielle et doctrinale, il ne faut pas perdre de vue que le consensualisme demeure le pivot de l'arbitrage¹⁹. Dès lors, la tendance de la jurisprudence internationale de vouloir regrouper, dans une même procédure arbitrale, les parties qui, bien qu'ayant participé à un projet commun, ne sont pas toutes partenaires à la convention d'arbitrage, peut être interprétée comme une grave méconnaissance du caractère volontariste de l'arbitrage²⁰. Aussi, l'extension de la convention d'arbitrage aux membres du groupe de sociétés qui n'y ont pas consenti peut-elle paraître contraire aux principes du droit des compagnies, au Canada et au Québec, qui reconnaissent à chaque entité une personnalité juridique distincte²¹. Au sens actuel du droit canadien et québécois donc, il

16. C.A. Paris, 30 nov. 1988 [1989] *Rev.arb.* 691.

17. Par exemple, voir Mohamed Salah M. Mahmoud, «Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international» [1996] 5 *R.D.A.I.* 593.

18. *Ibid.*

19. Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 32.

20. En ce sens, voir Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 185 [Bachand].

21. *Placements Grandterre inc. c. 147616 Canada inc.*, J.E. 96-232 (C.A.). De plus, notons que le principe de l'existence séparée et indépendante de la compagnie est au cœur même de notre système de droit corporatif; la prudence exige que nous limitons le plus possible les exceptions, déjà

est clair que l'arbitre qui se déclarerait compétent à l'égard d'une personne non-signataire de la convention d'arbitrage risquerait de se voir reprocher d'avoir excédé sa mission qui est celle de trancher uniquement les litiges pour lesquels il a été investi²².

Cependant, un excès de positivisme juridique plutôt qu'un réalisme économique n'est pas de nature à résoudre les problèmes auxquels peuvent être confrontés les acteurs du commerce. De même, comme l'a bien souligné le professeur Lalive, il est important de noter que l'arbitrage commercial international ne peut être envisagé dans une perspective strictement nationale sans que soit niée sa spécificité²³. Ainsi, l'universalité de l'arbitrage commercial international, qui tient au fait qu'il repose sur certains principes fondamentaux faisant consensus au sein des membres de la communauté internationale, recommande une ouverture au droit comparé²⁴. Il est donc indispensable qu'au niveau du Canada et du Québec, on soit prêt à la modération dans la conception du principe de l'indépendance juridique des sociétés en groupement lorsque celles-ci sont impliquées dans des procédures d'arbitrage.

En effet, lorsque les litiges surgissent au sein des groupes de sociétés, il est souhaitable que l'indépendance juridique de chaque société ne constitue pas un obstacle à la jonction des procédures arbitrales si l'arbitre juge que les conditions de

nombreuses, à ce principe fondamental (à ce sujet, voir : *Gestion André Lévesque inc. c. Compt'Le inc.*, J.E. 97-631 (C.A.)).

22. Voir Alain Prujiner, «Compétence judiciaire et compétence arbitrale: analyse de la jurisprudence récente au Québec» (1999) 12(2) *R.Q.D.I.* 79 et 84 (L'auteur critique la décision des juges dans l'arrêt *Décarel* rendu par la Cour d'appel du Québec qui a ordonné le renvoi à l'arbitrage les non-signataires de la convention d'arbitrage du simple fait qu'ils étaient actionnaires d'une compagnie ayant signé cette convention). Voir aussi Brian Casey et Janet Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing Inc. 2005 à la p.97.
23. Pierre Lalive, «L'importance de l'arbitrage commercial international» dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Colloque, Université Laval, 1985, Arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, 15 à la p. 22; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.* [2005] C.S.C. 46.
24. Bachand, *supra* note 20 à la p. 9.

recourir à la procédure unique sont réunies. D'une part, il serait malheureux si des membres d'un groupe de sociétés se cachaient derrière leur personnalité juridique pour échapper à la procédure d'arbitrage. D'autre part, il ne serait avantageux pour personne d'assister à des procédures parallèles alors que les faits témoignent de la connexité du contentieux. La procédure unifiée peut, par ailleurs, favoriser autant l'efficacité que l'économie de moyens tout en évitant les décisions inconciliables au sein d'un même groupe de sociétés.

L'objectif de cet article est de montrer, qu'au nom de l'efficacité de la justice arbitrale, malgré le principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage, certaines circonstances peuvent amener à ce que les parties non-signataires fassent partie d'une seule procédure arbitrale. On constatera, à cet effet, qu'une partie non-signataire de la convention d'arbitrage peut être contrainte de subir les effets de cette convention d'arbitrage ou en tirer profit. Pour pouvoir retenir la participation, au processus arbitral, d'un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, les arbitres ont recours à plusieurs mécanismes. Ainsi, il est possible de conclure à l'existence du consentement tacite à l'arbitrage lorsque, par ses actes ou sa conduite, un non-signataire s'est volontairement soumis à la convention d'arbitrage notamment en accomplissant certains actes. Il peut aussi en être de même en cas de confusion entre la personne du signataire et celle du non-signataire. Dans la même logique, certains mécanismes d'origine jurisprudentielle, à savoir la théorie de l'abus de droit et celle de la réalité économique peuvent constituer de meilleurs outils pour les arbitres, afin d'amener à la procédure par contrainte ou sur demande, un non-signataire de la convention d'arbitrage.

A. *L'exécution d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage : La participation à la constitution du tribunal arbitral*

De façon générale, malgré son importance, l'existence de la convention d'arbitrage entre les parties n'est pas l'unique moyen permettant de participer à la procédure arbitrale. La Cour d'appel

du Québec a déjà reconnu qu'une partie pouvait être forcée à participer à la procédure arbitrale lorsque, par sa propre conduite, elle aura «*acquiescé à la compétence du conseil d'arbitrage*»²⁵.

Dans la pratique, lorsqu'une partie a été désignée dans la demande d'arbitrage sans qu'elle soit liée par la convention d'arbitrage, elle a la possibilité de contester la compétence de l'arbitre à son égard avant même que l'instance ait lieu. Tant que cette partie ne se sent pas concernée par la convention d'arbitrage, il est normal par exemple qu'elle refuse de participer à la constitution du tribunal arbitral. Dans d'autres cas, une partie peut même désigner son arbitre tout en se réservant le droit de poursuivre la contestation, devant le tribunal étatique, de la compétence du tribunal arbitral soit après le prononcé de la sentence sur la compétence s'il y a lieu, soit après le prononcé de la sentence sur le fond. Cependant, lorsqu'une partie non-signataire de la convention d'arbitrage participe à la constitution du tribunal arbitral sans manifester aucune intention d'en contester la compétence dans les délais requis, on considère généralement qu'il y a eu acceptation tacite de la procédure arbitrale.

La participation à la désignation d'un arbitre par deux parties non-signataires a été interprétée comme étant un consentement à l'arbitrage multipartite dans l'affaire CCI n°5721²⁶. Dans cette affaire, la société demanderesse avait conclu deux contrats de sous-traitance avec la société X., entrepreneur principal, en vue de réaliser des travaux de construction en Égypte. La société entrepreneur avait été représentée, lors de la signature de ces contrats, par M. Z, le Président de la société Y., mère de X. Aux termes de ces contrats, X. devait réaliser des travaux de génie civil et fournir à la demanderesse des

25. *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, REJB 1994-57981 (C.A.) (En réalité, il faut reconnaître qu'en l'espèce, il y avait déjà existence d'une convention d'arbitrage portant sur les premiers contrats conclus par les mêmes parties. Il ne s'agissait donc pas de véritable tierce partie à la convention d'arbitrage).

26. Affaire CCI n° 5721, [1990] *J.D.I.* 1020.

installations lui permettant d'exécuter ses obligations. Les deux contrats contenaient une clause compromissoire CCI.

Ayant estimé que la société X. n'arrivait pas à honorer ses engagements, le maître d'ouvrage l'avait alors expulsée. La demanderesse hérita ainsi directement du marché. Par la suite, la société X. chercha à mettre en œuvre des garanties à première demande ainsi que celles à la bonne fin des travaux que la demanderesse lui avait consenties. La demanderesse s'adressa à la CCI afin de déclarer la résiliation des contrats et, partant, la caducité des lettres de garantie. La demande d'arbitrage fut dirigée à la fois contre M. Z, la société X. et sa société mère Y. La CCI accepta de mettre en mouvement la procédure arbitrale telle qu'introduite par la société demanderesse bien que deux des codéfendeurs furent non-signataires de la clause arbitrale. En effet, non seulement aucune exception d'incompétence n'avait été soulevée, mais aussi l'ensemble des codéfendeurs avait désigné conjointement un arbitre.

Si, dans cette affaire, la désignation volontaire d'un arbitre par les parties en instance a été perçue comme une soumission volontaire à la compétence du tribunal arbitral, il faut néanmoins noter qu'elle peut, à elle seule, s'avérer insuffisante. En effet, il est connu que le fait, pour une partie, d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever ultérieurement l'exception d'incompétence du tribunal arbitral à son égard²⁷. En l'absence d'autres indices, le fondement de la compétence des arbitres sur ce seul critère est donc susceptible d'être contesté. Cela a d'ailleurs été implicitement reconnu par le tribunal arbitral dans cette affaire CCI n° 5721 puisque quand la contestation de la compétence des arbitres a été soulevée après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci a dû

27. Article 16 (2) *Loi Type de la CNUDCI* sur l'arbitrage commercial international, (Document A/40/17, annexe I), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 1985.

rechercher d'autres critères afin de bien motiver sa décision sur la compétence²⁸.

En définitive, tout laisse alors à penser que sauf dans les cas où il y a des risques de déni de justice²⁹, il peut paraître insuffisant pour un tribunal arbitral de conclure à la soumission volontaire du non-signataire à la convention d'arbitrage en cas d'une simple désignation de l'arbitre. L'insuffisance du consentement serait même grande lorsque le non soulèvement de l'exception d'incompétence du tribunal arbitral dans les délais requis n'est pas dû à la volonté de la partie qui a désigné l'arbitre sans être liée par la convention d'arbitrage³⁰.

Cependant, lorsque, dans le cadre de l'arbitrage CCI, la société non-signataire a, en plus de la nomination de l'arbitre, signé l'acte de mission, la soumission volontaire à la compétence de l'arbitre est incontestable. Dans *Kis France c. A.B.S.*, il a été jugé que la signature de l'acte de mission par un non-signataire de la convention d'arbitrage constituait une acceptation tacite de la procédure arbitrale³¹. La conclusion de l'acte de mission dans cette affaire a alors été perçue comme correspondant à la signature d'une nouvelle convention d'arbitrage entre toutes les parties à la procédure.

Par ailleurs, en cas de confusion entretenue entre la société signataire et celle non-signataire de la convention d'arbitrage, l'extension des effets de la convention d'arbitrage ne suscitera aucune hésitation de la part des arbitres.

28. Le tribunal arbitral a notamment évoqué le fait qu'au moment de la conclusion des contrats, la société X. n'avait pas la personnalité morale. Il décida alors que c'est pour le compte de la société Y qu'agissaient M. Z. et la société X.

29. Voir Affaires CCI n° 7604 et n° 7610, [1998] *J.D.I.* 1027.

30. Pour un exemple voir *supra* note 27.

31. *Kis France c. A.B.S.*, [1987] *Rev. arb.* 498.

B. La confusion entretenue par la société signataire et celle non-signataire comme expression du consentement à l'arbitrage multipartite

La notion de confusion en matière de groupes de sociétés est perçue de deux manières par les auteurs. En premier lieu, la confusion peut être retenue en cas de participation de plusieurs sociétés à l'exécution du contrat signé par une société du groupe dans le cadre de la réalisation d'un même objet économique³². Dans cette optique, l'extension de la convention d'arbitrage en vertu de la confusion est motivée par le fait que la partie adverse a du mal à déterminer avec précision la ou les sociétés avec laquelle il avait fait affaires. En deuxième lieu, la confusion peut être délibérément entretenue par le cocontractant en vue d'échapper à ses responsabilités³³. Il convient de passer d'abord en revue la confusion déduite de la conduite d'un non-signataire du contrat contenant la convention arbitrale (1) avant d'aborder le problème de la confusion frauduleusement provoquée (2).

1. La confusion créée par la conduite d'un non-signataire : application de la théorie de l'estoppel

La théorie de l'*estoppel* enracinée depuis longtemps dans les droits des provinces canadiennes de *common law*³⁴, a également été évoquée par certains tribunaux du Québec et cela, contre la volonté de la Cour suprême. Ainsi, dans *Grace and Company c. Perras*, le juge Mignault de la Cour suprême avait invité les tribunaux québécois à ne pas employer le mot *estoppel* en droit civil, car cela aurait signifié la reconnaissance d'une

32. Voir Bernard Hanotiau, «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues» (2001) 18(3) *J. Int. Arb.* 251 et 276.

33. Dominique Vidal, «The Extension of Arbitration Agreements Within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine In Arbitral and Court decisions» (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 63 et 67.

34. Gerald Henry Louis Fridman, *The Law of contract in Canada*, Carswell, 1999 à la p. 131.

doctrine qui «ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec»³⁵.

Actuellement, cependant, force est de constater que l'emploi de l'*estoppel* est de plus en plus fréquent au Québec surtout en matière d'arbitrage de griefs³⁶. L'interdiction venant du plus haut tribunal canadien n'a donc pas suffi pour faire abandonner aux juges québécois l'usage de la notion d'*estoppel*. Cependant, les juges du Québec ont souvent tendance à confondre l'*estoppel* aux fins de non-recevoir prévues par le *Code civil*³⁷. Or, si certaines fins de non-recevoir produisent les mêmes effets que l'*estoppel*, il n'en demeure pas moins, et comme l'affirmait Heeney, que l'*estoppel* reste beaucoup plus technique et moins large que les fins de non-recevoir³⁸. Au surplus, l'*estoppel* devrait être envisagé comme étant un sous-ensemble dans le grand ensemble des fins de non-recevoir.

Certes, on peut estimer que le principe de l'*estoppel* procède de l'exigence générale de la bonne foi³⁹, mais il ne doit pas être confondu avec celle-ci. D'une part, l'*estoppel* n'intervient qu'au début de la procédure pour décider de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de certaines prétentions ou preuves d'une partie alors que la bonne foi nécessite souvent l'examen du fond du litige⁴⁰. D'autre part, à la différence de la bonne foi, le principe de l'*estoppel* n'est envisagé que lorsque la partie qui l'invoque ait agi à

35. *Grace and Company c. Perras*, [1921] 61 R.C.S. 172.

36. *St-Félix de Valois (Municipalité de) c. Provençal*, REJB 2006-101434 (C.S.); *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Guay, ès qualités*, EYB 2006-99844 (C.S.); *Syndicat des employés en radio-télédiffusion de Télé-Québec (SERT) (CSQ) c. Foisy*, REJB 2005-98841(C.S.).

37. *National Bank v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 360.

38. A.D.P. Heeney, «Estoppel in the law of Québec» (1930) 8 *Can. Bar. Rev.* 401 à la p. 405.

39. Philippe Pinsolle, «Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international» [1998] *J.D.I.* 905 et 926 [Pinsolle, «Distinction»].

40. Voir Philippe Pinsolle, «L'estoppel reconnu en France de manière autonome», note sous Cass. Civ. 1re, 6 juillet 2005, [2005] *Rev. arb.* 993, 1002 [Pinsolle, «L'estoppel»]; Guy Robin, «Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux» [2005] *R.D.A.I.* 705 [G. Robin].

son détriment et/ou que la partie contre laquelle il est invoqué y ait retiré un profit⁴¹.

Plusieurs auteurs soutiennent que l'*estoppel* est un principe qui vient, en partie, du droit britannique qui ne reconnaît pas, en matière contractuelle, l'existence du principe de bonne foi⁴². Cette affirmation n'est cependant pas à généraliser par rapport aux autres pays de *common law*. Par exemple, en ce qui concerne le Canada, les tribunaux de l'Ontario et ceux d'autres provinces canadiennes de *common law* reconnaissent tous l'obligation générale de bonne foi, '*good faith*', dans la conclusion et l'exécution du contrat⁴³. Aux États-Unis d'Amérique, le principe de bonne foi est également reconnu⁴⁴.

En droit britannique, l'*estoppel by representation* vise à protéger la confiance d'une partie confrontée aux contradictions de son cocontractant⁴⁵. L'*estoppel by representation* a donc pour objectif d'empêcher une personne d'établir à l'encontre d'une autre personne, un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant⁴⁶.

41. *Amco Asia c. République d'Indonésie*, dans Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, à la p. 17 [Gaillard, *Amco*].

42. Sur ce point, voir *supra* note 39 à la p. 905; G. Robin, *supra* note 40 à la p. 705; Philippe Kahn, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international» [1989] *J.D.I.* 305; Emmanuel Gaillard, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international» [1985] *Rev. arb.* 241.

43. *Automobiles Jalbert Inc. c. BMW Canada Inc.*, EYB 2004-81758 au para. 297 (C.S.); *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, CanLII 2003-52151, (ON. C.A.) au para. 76.

44. *Tymeshare v. Covell*, 727 F.2d 1145, 1152 (D.C. Cir. 1984). Voir aussi Robert C. Bird et Darren Charters, «Good Faith and Wrongful Termination in Canada and the United States : A Comparative and Relational Inquiry» (2004) 41 *Amer. J. Int'l L.* 205.

45. Pinsolle, «L'estoppel», *supra* note 40 à la p. 905.

46. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1983 p. 367; Francis ROSE, *Lex Mercatoria : essays on international commercial law in honour of Francis Reynolds*, LLP Professional Publishing, London 2000, à la p. 263.

En français, l'*estoppel* a été baptisé comme étant «l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui»⁴⁷. Concrètement, l'*estoppel* sert à interdire à une personne qui, par ses déclarations, son attitude ou ses actes, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première personne, d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale⁴⁸.

En droit international, le principe de l'*estoppel* a, pour les toutes premières fois, été évoqué devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Temple de Préah Vihéar*⁴⁹. En arbitrage commercial, selon le professeur Gaillard, on retrouve la référence à l'*estoppel*, pour la première fois, dans l'affaire *Amco*⁵⁰. Dans cette affaire, *P.T. Amco*, filiale indonésienne de la Compagnie américaine *Amco Asia Corporation*, avait conclu des contrats avec une autre société de droit indonésien, la société *P.T. Wisma*. Ces contrats avaient d'abord donné lieu à un procès devant les tribunaux indonésiens entre *P.T. Amco* et *P.T. Wisma*. Par la suite, les investissements de *P.T. AMCO* ayant été réquisitionnés par l'armée indonésienne, la société *Amco Asia Corporation* et sa filiale de droit indonésien, *P.T. Amco*, avaient conjointement présenté une requête d'arbitrage au CIRDI contre l'Indonésie pour violation des obligations contractuelles.

Devant le tribunal CIRDI, la société *P.T. Wisma* voulait participer à l'arbitrage, ce qui fut contesté par *P.T. Amco* qui soutenait que *P.T. Wisma* et l'État indonésien constituaient une seule personne morale. Mais l'Indonésie avait répliqué en soutenant, entre autres, qu'à partir du moment où la société *P.T. Amco* n'avait pas déclaré, devant les tribunaux nationaux, que l'État indonésien et la société *Wisma* représentaient la même

47. Gaillard, *Amco*, *supra* note 41 à la p. 241.

48. Kahn, *supra* note 42 à la p. 323.

49. *Temple de Préah Vihéar, Cambodge c. Thaïlande*, [1962] CIJ Recueil à la p. 6 (La Cour avait alors estimé qu'«un État ne doit pas être autorisé à profiter de ses propres contradictions»).

50. Gaillard, *Amco*, *supra* note 41.

personne, elle ne pouvait être admise à prétendre le contraire sans violer le principe de l'*estoppel*.

Dans sa décision, le tribunal arbitral CIRDI avait d'abord examiné les éléments qui composent la doctrine de l'*estoppel*. Il avait ainsi rappelé que l'*estoppel* est caractérisé par un élément de préjudice subi par une partie ou l'avantage retiré par l'autre. Le tribunal avait alors conclu que les éléments constitutifs de cette doctrine ne se retrouvaient pas dans l'affaire qui lui était soumise.

Au niveau de la CCI, le principe de l'*estoppel* a par exemple permis au tribunal arbitral de se déclarer compétent à l'égard des parties qui contestaient la validité de la convention d'arbitrage. Dans l'affaire n° 5103⁵¹, trois compagnies d'un groupe européen avaient saisi la CCI en vue du règlement des différends qui les opposaient à quatre autres sociétés tunisiennes. Devant le tribunal arbitral, ces sociétés tunisiennes, bien qu'elles aient signé les contrats contenant les conventions d'arbitrage, évoquaient la nullité et la caducité de celles-ci sous prétexte que le droit tunisien interdit aux entreprises publiques d'être soumises à l'arbitrage. Elles exigèrent alors au tribunal arbitral de se déclarer incompétent à leur égard.

Rejetant les arguments des défenderesses, le tribunal arbitral avait décidé que :

[il] serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit pourtant en parfaite connaissance de cause⁵².

Ici, il est à remarquer que la doctrine de l'*estoppel* est invoquée pour empêcher qu'une partie à la convention d'arbitrage s'y soustraie. L'*estoppel* a alors servi, dans cette affaire, comme un

51. Affaire CCI n° 5103, Sentence rendue à Paris en 1988, [1988] *J.D.I.* 1207.

52. *Ibid.* à la p. 1209.

mécanisme défensif. C'est dans ce sens, selon M. Pinsolle, que cette notion fut conçue, dès le départ, par le droit britannique⁵³. Or, en plus de l'*estoppel* défensif, l'arbitre a également besoin de l'*estoppel* offensif pour pouvoir forcer un non-signataire de la convention d'arbitrage à participer à l'instance arbitrale. D'après M. Pinsolle, l'*estoppel* offensif, bien qu'ignoré en droit anglais, a sa place en droit australien et en droit américain⁵⁴. Étant donné que les réalités américaines ne sont pas aussi différentes des réalités canadiennes, l'*estoppel* offensif est, sans doute, applicable en droit canadien.

En arbitrage, l'*estoppel* comme mécanisme offensif a ainsi servi à étendre les effets de la convention d'arbitrage aux parties qui ne l'avaient préalablement signée. Par exemple, dans la sentence CCI rendue en 1996 dans les affaires n° 7604 et n° 7610⁵⁵, une société non-signataire de la convention d'arbitrage avait déjà refusé de participer à la procédure judiciaire en déclarant qu'à partir du moment où le processus arbitral était déjà en cours, les tribunaux étatiques étaient incompétents à trancher tout litige entre elle et la société demanderesse. La Cour d'arbitrage CCI ayant décidé de lui étendre les effets de la convention d'arbitrage, un tribunal arbitral constitué pour trancher le litige se basa sur les déclarations faites devant les tribunaux judiciaires et conclut que la société non-signataire s'était volontairement soumise à la convention d'arbitrage.

La décision de ce tribunal arbitral me paraît convenable à cette affaire et c'est à juste titre qu'elle n'avait pas donné lieu à une quelconque contestation. En effet, ayant préalablement soutenu, devant les tribunaux étatiques, que tout le différend devait être réglé par l'arbitrage, la société non-signataire ne pouvait pas être admise à contester la compétence du tribunal arbitral sans contrevenir aux principes fondamentaux du droit commercial.

53. Pinsolle, «Distinction», *supra* note 39 à la p. 914.

54. *Ibid.* à la p. 915.

55. Affaires n° 7604 et n° 7610, [1998] *J.D.I.* 1027.

Dans l'affaire CCI n° 5730⁵⁶, les arbitres ont eu également recours à la théorie de l'*estoppel* pour empêcher un actionnaire d'un groupe de sociétés d'échapper à la procédure arbitrale. En effet, outre qu'il avait personnellement participé à la signature du contrat litigieux, il avait aussi soutenu, devant le tribunal étatique préalablement saisi pour trancher les litiges, qu'il était «*personnellement engagé dans les affaires traitées par les sociétés qu'il contrôlait*».

La demanderesse, ayant décidé, par la suite, de porter l'affaire en arbitrage, dirigea son action aussi bien contre les sociétés du groupe que contre l'actionnaire. L'actionnaire souleva l'exception d'incompétence du tribunal arbitral au motif qu'il n'avait jamais signé le contrat contenant la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral refusa de tenir compte de ses arguments en ces termes :

*[...] M. Z. lui-même et ses proches collaborateurs ont reconnu, à l'occasion d'un procès se déroulant devant la High Court of Justice, que les affaires traitées sous cette raison individuelle engageaient la responsabilité personnelle du premier, ce que confirment d'ailleurs les consultations de droit saoudien produites par la demanderesse. Il est ainsi avéré qu'en traitant avec l'entreprise X. et en établissant ses factures à ce nom, correspondant à la raison commerciale individuelle de M.Z., c'est bien avec celui-ci que la demanderesse traitait*⁵⁷.

Dans le même sens, dans l'arrêt 4P.115/2003⁵⁸ rendu par le Tribunal fédéral suisse, il s'agissait d'une compagnie Z. de droit libanais qui avait signé un contrat d'entreprise avec deux autres compagnies de droit libanais X. et Y. respectivement maître de l'ouvrage et mandataire du maître de l'ouvrage. Le contrat contenait une convention d'arbitrage référant à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI à Genève. Suite aux difficultés dues au non-paiement des créances, la société Z. avait adressé

56. Affaire CCI n° 5730, [1990] *J.D.I.* 1029.

57. *Ibid.* à la p. 1031.

58. *Supra* note 14.

une requête d'arbitrage à la CCI. Dans cette requête, la société Z. visait, non seulement les sociétés X. et Y., mais aussi M. A. La société Z. estimait que, quoique non-signataire du contrat, M. A ne pouvait pas éviter la procédure arbitrale, car il était intervenu, de façon constante, dans l'exécution du contrat d'entreprise. Par une sentence arbitrale rendue à Genève à la majorité de ses membres, le 22 avril 2003, le tribunal arbitral avait considéré que «*c'est à bon droit que M. A. avait été attiré à la procédure d'arbitrage*».

Les sociétés Y. et X. ainsi que M. A avaient alors formé un recours auprès du Tribunal fédéral suisse aux fins d'obtenir l'annulation de cette sentence arbitrale. Entre autres griefs, ils reprochaient aux arbitres majoritaires d'avoir rendu une sentence à l'encontre d'une personne, M. A, qui n'était pas liée par la clause arbitrale insérée dans le contrat d'entreprise.

Dans son jugement du 16 octobre 2003, le Tribunal fédéral suisse rejeta les arguments de X., Y. et M. A. Il décida que M.A :

s'est manifestement et volontairement immiscé [...] dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux, dont il n'a pu, de ce fait, ignorer les termes et conditions, en particulier la clause compromissoire qui y figure. Aussi bien, il est clairement établi que les sociétés Y et X n'ont été, à l'évidence, que les instruments de l'activité personnelle de A, ce dernier ayant ainsi manifesté son intention d'être personnellement partie à la convention d'arbitrage [...].

Tel qu'on vient de le voir, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, l'*estoppel*, est très efficace pour empêcher qu'une partie ne profite de ses contradictions. Selon la pratique arbitrale, il n'est pas nécessaire que la partie adverse ait déjà agi à son détriment. Il suffit seulement que le préjudice soit imminent au cas où une partie serait admise à se prévaloir de ses contradictions.

Par rapport à la notion de bonne foi, l'*estoppel* se veut être un instrument beaucoup plus efficace pour joindre à la procédure

arbitrale les parties non-signataires de la convention d'arbitrage. En effet, alors que la bonne foi nécessite un examen laborieux du comportement d'un cocontractant durant tout le cycle de vie du contrat et même avant sa conclusion, le simple agissement contradictoire d'une partie peut, à lui seul, suffire pour mettre en marche le principe de l'*estoppel*⁵⁹. C'est donc dire que la théorie de l'*estoppel* peut être mise en œuvre même si la partie contre laquelle elle est dirigée n'est pas de mauvaise foi.

Certes, la théorie de l'*estoppel* est généralement admise en droit mais son application en vertu du critère de confusion par l'implication dans l'exécution du contrat mérite d'être nuancée. En effet, la seule participation dans l'exécution du contrat paraît insuffisante à justifier l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires⁶⁰. Pour que les arbitres procèdent valablement à l'assujettissement du non-signataire de la convention d'arbitrage à la procédure arbitrale en application de ce critère, l'existence de certains autres facteurs semble être requise. D'une part, il serait conforme au principe de bonne foi si l'extension des effets de la clause arbitrale a lieu au seul cas où la partie adverse qui le demande a raisonnablement ignoré la qualité de tiers de la partie non-signataire. La partie adverse devrait donc démontrer qu'elle a raisonnablement cru avoir affaire à un véritable cocontractant. C'est en cela que ce principe viendrait protéger la confiance d'une partie qui ignore la véritable qualité de tiers de l'autre partie. D'autre part, lorsque c'est le non-signataire qui demande de s'associer à la procédure arbitrale, avant de lui étendre les effets

59. Pinsolle, «L'estoppel», *supra* note 40 à la p. 927 (L'auteur estime, à juste titre, que pour prévenir les conséquences préjudiciables du comportement incohérent d'une partie, il ne faudrait pas exiger que la partie qui se prévaut de l'estoppel ait agi à son détriment).

60. Voir, par exemple les extraits de la sentence rendue à Zurich en avril 2001 dans l'affaire CCI n° 10818, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 94 (Dans cette affaire, le tribunal arbitral a fait entendre que «the mere fact that [Second Respondent] was active in the performance of the Agreement is not sufficient to suggest that [Second Respondent] waived any rights of appealing to state courts. Therefore, there was no conduct by [Second Respondent] upon which [Claimant] could rely when initiating the arbitration proceedings»).

de la convention d'arbitrage en considération de son implication dans l'exécution du contrat, il devrait être aussi prouvé que la partie non-signataire avait donné à croire, pour une personne raisonnable, qu'elle était associée aux engagements de la partie signataire de ce contrat contenant la convention d'arbitrage.

En cela, cette notion serait distincte de celle de la confusion intentionnellement entretenue qui connote la fraude.

2. La confusion intentionnellement entretenue : Les notions de fraude et de l'*alter ego*

Selon le dictionnaire Le Petit Robert, la fraude est «*une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper*»⁶¹. Concrètement, la fraude est un acte accompli dans l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui ou de se soustraire à l'application d'une règle de droit.⁶²

Dans le monde des affaires, la fraude peut être caractérisée par un acte accompli par un débiteur insolvable en vue de tromper ses créanciers.⁶³ La fraude qui entraîne la levée du voile corporatif peut revêtir un caractère civil ou pénal⁶⁴.

S'agissant de la notion d'*alter ego*, elle connote une situation de confusion entretenue par deux ou plusieurs compagnies ou par une compagnie et son actionnaire. On dit alors que l'une des compagnies est l'*alter ego* de l'autre ou de son

61. *Le Petit Robert*, 2004, s.v. «fraude».

62. Stéphane Rousseau, «Immunités des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit» (1999) 78 *R. du B. Can.* 1 et 19; Paul Martel, «Le 'voile corporatif' et l'article 317 du *Code civil* du Québec» (1995) 55 *R. du B.* 447 et 456.

63. Martel, *ibid.* à la p. 456.

64. Stéphane Rousseau et Nadia Smaïli, «La 'levée du voile corporatif' en vertu du *Code civil* du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence» (2006) 47 (4) *C. de D.* 815 à la p. 832.

actionnaire. Dans *Buanderie centrale*⁶⁵, la Cour suprême du Canada a décidé qu'«une corporation est l'*alter ego* d'une autre lorsqu'on retrouve entre celles-ci une relation si intime que ce qui, en apparence, relève des affaires de l'une appartient, en réalité aux activités de l'autre»⁶⁶. Le fait, pour une société, d'être considérée comme étant l'*alter ego* d'une autre société ou d'un actionnaire, laisse présumer que rien ne se fait sans la décision de ce dernier⁶⁷ et que dans tous les cas, personne ne peut prétendre être un tiers de bonne foi face aux actes posés par son *alter ego*⁶⁸. Tout comme la théorie de *l'estoppel*, l'utilisation de la notion d'*alter ego* pour passer outre la responsabilité limitée d'une compagnie est donc destinée à protéger la bonne foi d'un cocontractant qui croie, à tort, avoir affaire avec un véritable cocontractant.

Le critère de fraude est de loin le plus utilisé dans la jurisprudence québécoise pour empêcher les actionnaires de se servir de la responsabilité limitée pour masquer les manœuvres frauduleuses réalisées lors de la négociation ou de l'exécution d'un contrat⁶⁹. Son application n'a cependant pas été toujours aisée puisque, comme le soutient M. Vidal, ses contours demeurent imprécis⁷⁰.

En matière arbitrale, le critère de fraude a servi à traduire, devant le tribunal arbitral, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage au sein des groupes de sociétés. Par exemple, dans l'affaire CCI n° 5730⁷¹, alors qu'un actionnaire contestait la compétence du tribunal arbitral à son égard en

65. *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, 48.

66. *Ibid.*

67. *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312.

68. Voir *Québec (Sous-ministre du revenu) c. 29478963 Québec Inc.*, J.E. 95-961 (C.Q.).

69. Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 2^e édition, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 118.

70. En ce sens, voir Jacques Vidal cité par Rousseau, *supra* note 62 à la p. 19.

71. Affaire CCI n° 5730, *supra* note 56.

soutenant qu'il n'était pas lié par la convention d'arbitrage signée par les compagnies qu'il contrôlait, les arbitres ont rejeté cet argument après avoir constaté l'intention frauduleuse de cet actionnaire au détriment des cocontractants de son groupe de sociétés. Le tribunal arbitral a relevé qu'en traitant avec l'entreprise qui établissait les factures comportant le logo de la raison commerciale individuelle de l'actionnaire, que c'est bien avec celui-ci personnellement que l'entreprise demanderesse entendait traiter⁷². De plus, selon les arbitres, puisque les contrats avaient été signés en présence de cet actionnaire, il était clair que c'était lui le véritable contractant et que les sociétés de son groupe se confondaient à sa personne, ce qui devait justifier la levée du voile corporatif.

Dans l'affaire CCI n°11160 rendue en mars 2002, le litige était né d'un contrat signé entre la branche vénézuélienne de la société *Latin American Engineering Company (LAEC)* et la filiale vénézuélienne de la *European Engineering Company (EEC)*. Le contrat visait l'exécution, au *Venezuela*, d'un projet par un consortium de sociétés parmi lesquelles se trouvait la *EEC*.

Après plusieurs tentatives d'arriver à un règlement amiable du différend, la société *LAEC* initia une procédure arbitrale contre non seulement la société signataire du contrat, mais aussi sa société-mère, à savoir, la *EEC*.

Les défenderesses contestèrent la compétence du tribunal arbitral à l'égard de la *EEC* au motif que celle-ci n'avait pas signé le contrat contenant la clause d'arbitrage.

Le tribunal arbitral décida que bien que généralement la convention d'arbitrage produit ses effets à l'égard des parties qui l'ont signée, il arrive par exception que des tiers non-signataires y soient contraints. Pour le tribunal arbitral,

72. *Ibid.* à la p. 1031.

*Some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions*⁷³.

En l'espèce, le tribunal arbitral a relevé que bien qu'il n'y ait pas eu de fraude, la société filiale et sa mère entretenaient «*an intimate and inextricable relationship*». En effet, la société *EEC* avait initié les procédures en vue d'obtenir le marché, participé à la négociation du contrat et payé tous les frais y étant reliés. Ensuite, ayant constaté que les cadres responsables du projet étaient les mêmes tant pour *EEC* que pour sa filiale, le tribunal arbitral avait alors conclu que la société *EEC* était le véritable contractant. Selon les arbitres, la société-mère était «*the mind and soul and partly the body of the project contract*» et décida de la joindre à la procédure arbitrale.

L'extension des effets de la convention d'arbitrage peut aussi être possible en application de la théorie de l'abus de droit.

C. L'application de la théorie de l'abus de droit

L'abus de droit suppose, avant tout, l'existence d'un droit dont on peut abuser l'exercice dans l'intention de nuire à autrui⁷⁴. Il ne s'agit là que d'une conséquence logique car on ne peut pas abuser d'un droit qu'on ne possède pas⁷⁵. L'exercice du droit peut être réalisé soit dans le cadre contractuel, soit dans le cadre extracontractuel⁷⁶. Le *Code civil* du Québec considère que l'abus

73. Sentence CCI dans l'affaire n°11160, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 99.

74. Rousseau, *supra* note 62 à la p. 22.

75. Paul Martel, «Le voile corporatif et l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec» (1998) 58 *R. du B.* 95 et 109.

76. Sur ce point, voir Suzanne Côté et Julie Girard, «La percée du voile corporatif: qu'en est-il 10 ans plus tard?» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents sur les abus de droit* (2005), Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 82.

de droit consiste à exercer ses droits de manière à causer délibérément ou malicieusement un préjudice à une autre personne ou d'une manière excessive et déraisonnable contraire à la bonne foi⁷⁷. Concrètement l'abus de droit signifie que l'exercice d'un droit n'a pas respecté le domaine de l'exercice des droits d'autrui rompant ainsi le jeu de l'équilibre entre les droits des uns et des autres.⁷⁸

Appliquée au droit des compagnies, la notion d'abus de droit peut consister en une utilisation privée des biens qui appartiennent à la personne morale par ses actionnaires. Il peut ainsi s'agir du retrait, par l'actionnaire, des sommes excessives dans les caisses d'une compagnie au point de la rendre insolvable au détriment de ses créanciers. Pour aboutir à la levée du voile corporatif, l'acte qui constitue la source de l'abus de droit doit être suivi par un préjudice au détriment des tiers notamment, lorsque le geste posé par les actionnaires est suivi de la faillite de la compagnie⁷⁹.

Il n'est pas aisé d'affirmer d'emblée que l'abus de droit requiert une intention malveillante subjective de la part de l'actionnaire⁸⁰. Si c'était le cas, l'abus de droit risquerait d'être confondu à la fraude et n'aurait apparemment plus de raison d'être. Bien évidemment, l'abus de droit suppose une faute car le contraire constituerait une entorse à la règle du jugement d'affaires. La faute requise semble néanmoins recommander une

77. Art. 7 C.c.Q.; *Kébec St-Jean Électrique Inc. c. Nantel* (17 octobre 2005), Québec 755-22-005670-040, REJB 2005-97355 (C.Q.), au para. 15.

78. Voir *Commentaires du ministre de la justice*, Montréal, Dafco, art. 7.

79. *GWF USA Corp. c. Vêtements Club Champion par Geky inc.* (4 décembre 1997), Québec 500-02-045662-967, REJB 1997-04028 (C.Q.) (Dans ce jugement, la Cour du Québec avait estimé qu'étant l'unique administrateur et l'unique actionnaire, le défendeur connaissait bien l'état d'insolvabilité de sa compagnie, et que dès lors il aurait dû faire connaître cette situation financière à la demanderesse lors de la conclusion du contrat); Bree TAYLOR, «Implications for The Corporate Veil Principle: *Gross v Rackind*.» [2005] 26 (1) *Bus. L. Rev.* 2 et 3.

80. Les professeurs Rousseau et Crête sont d'accord avec l'appréciation subjective de l'intention de nuire. Voir *supra* note 69 à la p.123.

appréciation objective. Cela pour dire que le manque de diligence à l'égard des intérêts des tiers devrait entraîner la percée du voile corporatif en application de ce critère d'abus de droit. C'est dans ce sens que le recours à la notion d'abus de droit respecterait les critères dégagés par la Cour suprême dans *Houle c. Banque Nationale*⁸¹. Dans cette affaire, la Banque Nationale avait procédé à la liquidation précipitée des actifs de la Compagnie Houle trois heures après la mise en demeure de celle-ci. La Cour suprême en avait alors profité pour souligner les caractéristiques de la notion d'abus de droit qui repose essentiellement sur le manque de diligence dans l'exercice d'un droit :

*[...] en liquidant les actifs trois heures seulement après avoir demandé le paiement du prêt, la banque a privé la compagnie de toute possibilité d'exécuter ses obligations. La banque a agi de façon soudaine, impulsive et dommageable compte tenu en particulier du fait qu'elle n'avait jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt, et compte tenu du faible risque, du moins dans l'immédiat, de perte de la créance ou des garanties*⁸².

En arbitrage, la notion d'abus de droit a permis aux arbitres de justifier la levée du voile corporatif et partant, de décider de l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires de celle-ci. Par exemple, dans la sentence arbitrale rendue le 9 septembre 1983⁸³ par un tribunal *ad hoc*, une compagnie allemande, spécialisée dans la réalisation et la livraison des équipements manufacturiers, avait conclu des contrats de sous-traitance avec un certain nombre d'autres compagnies afin de faire face à ses obligations. Cette compagnie devrait réaliser et livrer une usine de production du gaz de charbon pour le compte d'une compagnie polonaise. Le ministre polonais de l'énergie et mines ainsi que les représentants de la

81. *Houle c. Banque Nationale*, [1990] 3 RCS.122.

82. *Ibid.* à la p.125.

83. Sentence *ad hoc*, [1987] Y.B. Com. arb. 63.

Commission polonaise pour la planification avaient participé à la négociation du contrat, le 26 janvier 1980.

L'entrée en vigueur de ce contrat était conditionnée en particulier par l'obtention de l'autorisation auprès de toutes les autorités compétentes de la Pologne ainsi que l'émission du permis d'importation en faveur de la compagnie allemande, l'entrepreneur principal. Après la réalisation de tous les préalables, le contrat entra en vigueur le 24 mars 1980 et l'entrepreneur devait, entre autres, faire le plan de l'usine, fournir les documents techniques, livrer les équipements, superviser techniquement le processus de construction et entraîner le personnel. Quant au maître de l'ouvrage (la compagnie polonaise), outre le paiement du prix, il s'était engagé à prendre livraison de tous les équipements importés par l'entrepreneur, de les déplacer, de les conserver, de réaliser les installations du site de construction et de procurer les permis de résidence au personnel étranger.

Le 21 décembre 1981, le conseil des ministres de la Pologne empêcha l'accomplissement du contrat en général et, en particulier, suspendit le processus d'octroi du permis d'importation à la compagnie allemande tout en déconseillant la réception des équipements par la compagnie polonaise.

Devant le tribunal arbitral saisi par la société allemande, la compagnie polonaise a fait valoir que le non accomplissement de ses obligations était dû à un événement de force majeure prévu par l'article 19 du contrat. Les arbitres rejetèrent cet argument du défendeur. Ils décidèrent plutôt que l'État polonais et sa compagnie étaient solidairement responsables de la rupture du contrat au motif que l'utilisation inappropriée de la personnalité morale distincte de la compagnie par celui qui la contrôle doit entraîner la levée du voile corporatif de celle-ci⁸⁴. Selon le tribunal arbitral, face à l'inadmissible abus de la personnalité distincte des

84. *Ibid.* à la p.72.

entités et l'atteinte grave au principe de bonne foi, le voile corporatif doit être soulevé.

Peu après, un tribunal arbitral CCI avait également rendu une sentence intérimaire le 5 mars 1984 dans laquelle le voile corporatif d'une société fut levé en vue d'étendre les effets de la convention d'arbitrage aux actionnaires de cette dernière⁸⁵. Il s'agissait en l'espèce de quatre États qui avaient participé à la création d'une organisation dotée d'une personnalité juridique distincte. Suite à un malentendu entre ces États, l'organisation en question s'est retrouvée sans ressources financières suffisantes pour faire face à ses obligations vis-à-vis de ses créanciers. Le tribunal arbitral, après avoir constaté que les tierces parties pouvaient avoir légitimement compté sur l'engagement des États créateurs de l'organisme, a conclu que selon les principes généraux du droit et la bonne foi, la responsabilité de ces États devait être retenue. Pour les arbitres dans cette affaire,

*Equity, in common with the principles of international law, allows the corporate veil to be lifted, in order to protect third parties against an abuse which would be to their detriment*⁸⁶.

Si la notion d'abus de droit paraît efficace pour favoriser la jonction à l'instance arbitrale d'un non-signataire de la convention d'arbitrage, cette jonction peut aussi résulter de l'application de la théorie de l'entité économique, encore appelée, théorie de groupe de sociétés.

D. L'application de la théorie de l'entité économique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage

La théorie de l'entité économique, «enterprise theory», vise, dans certaines circonstances, à traiter deux ou plusieurs compagnies d'un même groupe comme étant une seule. La théorie de l'entité économique n'est pas bien connue dans la doctrine

85. Affaire CCI n°3879, [1986] Y.B. Com. arb. 127.

86. *Ibid.* à la p.132.

canadienne. Selon les propres mots de Maurice Martel et Paul Martel, cette théorie n'aurait pas trouvé preneur en droit canadien⁸⁷.

Cependant, les affirmations de ces auteurs sont à nuancer car, à certaines occasions, les tribunaux canadiens ont fait référence à des considérations qui font penser à la théorie de l'entité économique. À titre d'exemple, dans *Charlebois c. Boutique Kit*⁸⁸, les membres d'un réseau de distribution reprochaient la mauvaise gestion aux franchiseurs qui, selon eux, avait entraîné la perte de rentabilité du système, voire même sa disparition. Plusieurs franchisés avaient alors formé une coalition pour assigner, conjointement, les franchiseurs devant le tribunal. Dans leur défense, les franchiseurs avaient fait valoir l'argument selon lequel ils n'étaient liés à chacun des franchisés que par un contrat individuel. Dès lors, ces franchiseurs considéraient que les membres du réseau ne pouvaient pas être admis à formuler une demande unique. La Cour d'appel rejeta cet argument des franchiseurs en estimant que les franchiseurs :

*[ayant] choisi de constituer un réseau, y ayant référé spécifiquement dans chacun des contrats de franchise octroyés et ayant créé à l'égard de chaque franchisé des normes communes et des obligations réciproques de l'un envers l'autre, ces intimés ne peuvent maintenant se retrancher derrière l'individualité de chaque contrat pour éviter de répondre aux griefs que l'un ou l'autre franchisé veut faire valoir relativement à leur conduite dans la mesure où elle porte atteinte à l'ensemble du réseau et, partant, à leurs intérêts individuels*⁸⁹.

87. Maurice Martel & Paul Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Édition spéciale, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2008 aux pp. 1-51.

88. *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, [1987] 5 R.D.J. 607 (C.A.).

89. *Ibid.* à la p.610

De même, dans *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*⁹⁰, la Cour supérieure de l'Ontario, a rejeté la demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal qui avait accepté la présence, à la procédure, d'une société non-signataire de la convention d'arbitrage à côté de sa filiale. La partie demanderesse estimait que le tribunal arbitral était allé au-delà de son pouvoir en admettant la participation d'un non-signataire de la convention d'arbitrage. La Cour jugea cependant que le tribunal arbitral n'avait commis aucune erreur en décidant que la défenderesse avait signé le contrat avec le groupe de compagnies en tant qu'entité économique unique⁹¹.

À n'en point douter, ces décisions constituent un début de consécration de la théorie de l'entité économique au sein des groupes de sociétés en droit Canadien. Les tribunaux canadiens ont ainsi montré que les groupes de sociétés opèrent dans un environnement d'une certaine spécificité dont on doit tenir compte⁹². Dès lors, le Canada ne peut pas être considéré comme un terrain sur lequel la doctrine de l'entité économique est inapplicable que ce soit devant le juge étatique ou devant l'arbitre.

Au niveau international, la théorie de l'entité économique paraît avoir déjà fait un pas non négligeable en arbitrage commercial. C'est la sentence arbitrale CCI, dans l'affaire *Dow Chemical*⁹³, qui a eu le mérite d'utiliser, pour la première fois, la théorie de groupe de sociétés, pour décider de l'extension d'une clause arbitrale à des parties qui ne l'avaient pas signée. Par la suite, d'autres sentences furent rendues dans la même logique essentiellement sous les auspices de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Dans certains pays comme la France et

90. *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. No. 4895 (C.S.Ont.).

91. *Ibid.* au para. 47.

92. Voir Générosa B. Miranda, «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois» [1998] 32 *R.J.T.* 817 à la p. 911.

93. *Supra* note 12.

récemment la Suisse⁹⁴, il est unanimement admis qu'en vertu de l'unité économique des groupes de sociétés, une convention d'arbitrage peut être opposable à un membre du groupe de sociétés sans qu'il l'ait signée.

Ainsi, il a par exemple été jugé que lorsque les accords visant la réalisation d'une opération économique unique sont conclus par un membre animateur d'un groupe de sociétés, tous les membres du groupe peuvent être liés par la convention d'arbitrage figurant dans ces accords⁹⁵. Il s'agissait en l'espèce d'une société d'un État donné qui avait signé des accords industriels avec un groupement de sociétés représenté par son président. L'exécution de ces accords a indistinctement été faite par tous les membres du groupement. Alors qu'on lui demandait de se déclarer incompétent à l'égard de certaines parties qui n'avaient pas signé les accords contenant la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral constitué pour trancher le différend qui en a résulté estima que la clause compromissoire que contenaient les accords était opposable à tous les membres du groupe car, l'interprétation de bonne foi de la volonté des parties ainsi que l'esprit de l'opération démontraient que le litige concernait directement tout le groupe⁹⁶.

94. Voir, par exemple *supra* note 14 (Dans cet arrêt, le tribunal fédéral a jugé que le fondement juridique de l'extension de la clause compromissoire à un tiers non-signataire réside dans les usages du commerce international, en vertu desquels la participation du non-signataire à la conclusion ou à l'exécution du contrat constitue l'élément déterminant. La possibilité d'une telle extension est d'ailleurs admise par le droit suisse sur le fondement du concept «volonté réelle des parties» ou, à défaut, sur celui du principe de la bonne foi).

95. Affaire CCI n°1434 rendue en 1975, [1976] 103 *J.D.I.* 978.

96. *Ibid.* à la p. 979. (Il serait contraire à tout principe d'interprétation, raisonnable, à la volonté commune des parties et à l'esprit de toute l'opération que d'attacher une importance prépondérante à la lettre de telle ou telle de ces rédactions, et aux variations ou mêmes incohérences des formules utilisées dans les divers contrats. Manifestement, la partie (de l'État B) a voulu traiter et a en fait traité avec le groupe ou l'organisation A représenté par son Président M.A. (...) Dans ces conditions, il y a lieu de s'en tenir à l'idée conforme à l'esprit des contrats comme à la réalité économique, que ni le groupe A, ni son président ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe, ne peuvent s'abriter

Un raisonnement semblable fut suivi par les arbitres dans la sentence CCI n° 2375⁹⁷ rendue en 1975. Il s'agissait d'une société qui avait introduit une demande d'arbitrage non seulement contre une filiale A. mais également contre sa société mère B. Or, la demanderesse n'était pas partie prenante à la convention d'arbitrage de même que l'une des défenderesses. La convention d'arbitrage avait plutôt été signée par la société C., mère de la demanderesse et par la société B., mère de la société A. Les deux défenderesses contestaient ainsi la compétence du tribunal arbitral en évoquant d'une part, le fait que la convention d'arbitrage ne pouvait pas être opposée à la société A. qui ne l'avait pas signée et, d'autre part, le fait que la demanderesse n'avait pas la qualité pour engager la procédure arbitrale contre la société B. Mais le tribunal arbitral estima que le concept de groupe se définit, au delà de l'indépendance formelle née de la création de personnes morales distinctes, par l'unité d'orientation économique dépendant d'un pouvoir commun. Il conclut alors que le contrat qui contenait la convention d'arbitrage formait un ensemble où les sociétés des deux groupes se trouvaient indissolublement liées et engagées⁹⁸.

Enfin, dans l'affaire CCI n° 5103⁹⁹, trois sociétés européennes ont solidairement été condamnées pour avoir participé à l'exécution des contrats signés par l'une d'entre elles. Au nom de la sécurité des relations économiques, le tribunal arbitral a mis en exergue l'importance de tenir compte du principe de l'entité économique dans certaines circonstances. En l'espèce, les arbitres ont estimé que dans toutes les étapes du contrat (conclusion, exécution, inexécution et renégociation), les trois sociétés demanderesses apparaissaient :

derrière la rédaction de telle clause particulière, interprétée littéralement et isolée du contexte de l'ensemble des accords, pour demander à être mise hors de cause dans un litige qui concerne directement le groupe ou l'organisation A).

97. Affaire CCI n° 2375, Rec. Vol. I, à la p. 257.

98. *Ibid.* à la p. 259.

99. *Supra* note 51.

*selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble de ces contrats. [...] Les conditions de la reconnaissance de l'unité du groupe sont remplies, les sociétés composant celui-ci ayant toutes participé [...] à une relation contractuelle internationale complexe dans laquelle l'intérêt du groupe l'emportait sur celui de chacune d'elles*¹⁰⁰.

Bien que la théorie de l'entité économique simplifie la procédure arbitrale, il me semble que, pour être totalement admise à entraîner l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires, elle ait besoin d'être appuyée par un certain nombre d'arguments. Malgré le fait que le groupe de sociétés présente une certaine unité, la seule implication dans l'exécution du contrat est en effet insuffisante pour qu'un membre non-signataire soit attrait à l'instance arbitrale sauf en cas de fraude.

D'une part, lorsque la participation à l'instance arbitrale d'un non-signataire est demandée par la partie adverse, cette dernière devrait prouver que lors de la négociation ou de la signature du contrat, elle n'avait pas été capable de savoir que la partie non-signataire ne voulait être liée par aucune clause ou bien qu'elle n'avait pas été au courant de la personnalité juridique distincte des sociétés membres du groupe. La norme d'appréciation de cette connaissance devrait être la norme objective. C'est-à-dire que la partie qui demande la participation du non-signataire devrait prouver que la personne raisonnable placée dans le même contexte n'aurait pas été en mesure de déceler cet état de choses.

Il en découle que pour éviter d'éventuelles déconvenues, il appartient à la société non-signataire qui participe à la réalisation d'une opération unique impliquant son groupe de faire savoir clairement aux tiers qu'elle n'est pas liée par une éventuelle convention d'arbitrage contenue dans le contrat. La logique est que c'est cette partie non-signataire qui est en mesure d'éviter le

100. *Ibid.* à la p. 1212.

malentendu au moindre coût. Elle est le «*cheapest cost avoider*» pour emprunter l'expression de l'analyse économique du droit. En effet, il serait plus onéreux, pour une partie, de lui exiger, en plus des obligations contractuelles, de fouiller dans l'organisation interne d'un groupe de sociétés auquel elle n'appartient pas.

D'autre part, si la participation dans la procédure arbitrale est demandée par un non-signataire lui-même, il devrait démontrer que les actes reprochés à la partie adverse lui ont causé un préjudice personnel du fait de son appartenance au groupe de sociétés dont l'existence devrait également, pour respecter la logique de l'arrêt *Charlebois*¹⁰¹, être connue de la partie adverse. À ce sujet, il est possible que la compagnie mère non-signataire soit presque toujours en mesure de se faire admettre à participer à la procédure arbitrale impliquant ses filiales.

CONCLUSION

L'arbitrage reste, par principe, un mécanisme de règlement des différends basé sur le consentement. De façon générale, la volonté de participer à l'instance arbitrale continuera de provenir de tous les partenaires contractuels. Ce n'est que lorsque cette volonté de faire partie d'une procédure arbitrale commune n'est pas explicitement exprimée, qu'il appartient aux arbitres de la rechercher. Néanmoins, comme l'avait relevé le professeur Philippe Fouchard, le recours à la recherche de la volonté des parties peut, quelques fois, conduire à l'arbitraire¹⁰². C'est cette crainte exprimée par le professeur Fouchard qui justifie la nécessité, pour les arbitres, de recourir à des mécanismes qui font l'unanimité au sein de la communauté juridique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage aux parties qui ne l'ont pas signée.

Ainsi, comme on l'a vu, il est admis que lorsque les parties non-signataires accomplissent certains actes généralement

101. *Supra* note 88.

102. *Supra* note 13 à la p. 500.

réservés aux parties au contrat, les arbitres peuvent y voir un indice permettant de leur étendre les effets de la clause d'arbitrage. Il peut s'agir de la soumission volontaire à la convention d'arbitrage par la participation à la constitution du tribunal arbitral sans en contester valablement la compétence. Ensuite, en cas de confusion entre les parties signataires et celles non-signataires de la convention d'arbitrage, l'extension de la convention d'arbitrage est justifiée lorsque la partie qui cherche cette extension risque de subir un préjudice si on ne le fait pas ou en cas de fraude de la part de la partie qui cherche à éviter cette extension. Dans le même ordre d'idées, l'application de la théorie de l'abus de droit apparaît être un excellent moyen de traduire, devant l'arbitre, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage. En dernier lieu, la théorie de l'entité économique, si elle est accompagnée de certains comportements, peut valablement justifier l'application des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES NOUVEAUX ALINÉAS 258(1) C) ET D) DU CODE
CRIMINEL : PROBLÈME DE CONSTITUTIONNALITÉ ?

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **577-593**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

DOI :

Page vide laissée intentionnellement.

**LES NOUVEAUX ALINÉAS 258(1) C) ET D)
DU CODE CRIMINEL :
PROBLÈME DE CONSTITUTIONNALITÉ?**

par Pierre PATENAUDE*

Dans quelques heures d'intervalles, le bonheur peut envahir et le malheur frapper. Ainsi peut-il en être chez l'heureuse personne qui atteint une éphémère félicité grâce à quelques libations accompagnées d'un festin. Le réveil peut être cependant brutal lorsque le conducteur, encore légèrement euphorique, est rappelé à l'ordre par un gardien de la paix. Et le malheur devient profond lorsqu'il constate que son taux d'alcoolémie est supérieur à celui établi par le législateur.

Mais il se peut que la chance soit néanmoins là. Il est possible que le gardien de la paix l'ait arrêté alors qu'il était en phase d'absorption de son copieux repas et qu'alors on puisse scientifiquement établir que, au moment de la conduite, le taux d'alcoolémie était beaucoup plus faible que lors des analyses par l'alcootest.¹

Enfin, le malheur devient encore plus profond lorsqu'il apprend qu'un législateur implacable vient de rendre illusoire ce moyen de défense. Ainsi va la vie!

Mais il n'y a pas le seul conducteur qui est confronté à l'alcootest! Imaginons l'état d'esprit du juriste qui est saisi d'une telle cause et qui doit prendre connaissance de la jurisprudence sur le sujet. Dissidences, divergences de vues, désaccords entre les magistrats, cacophonie juridique. Après quelques heures de lecture, je recommande d'ailleurs à l'infortuné juriste de ne pas conduire de véhicule car son intoxication judiciaire pourrait être dangereuse, sa conduite rendue erratique.

*. Professeur retraité de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Notons que la décision récente rendue dans l'affaire *Gibson c. La Reine* (2008) C.S.C. 16 portait sur un cas de preuve d'élimination dans la population générale [voir para. 70].

Entrons dans les détails :

Lorsque l'appareil d'alcootest capte l'air alvéolaire du suspect, il indique le taux trouvé dans l'haleine à ce moment précis.² Pour que cette méthode soit efficace, le *Code criminel* assortit cette technique de deux présomptions : premièrement, une présomption d'exactitude (accuracy presumption) à l'effet que le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie du sujet au moment de la prise d'haleine.³

Cette première présomption est fondée sur la reconnaissance de la validité du postulat de base,⁴ c'est-à-dire, du principe fondamental sous-jacent à la technique de l'ivressomètre, ainsi que de l'exactitude des appareils certifiés par l'État.⁵ On accorde donc confiance au principe à l'effet que l'analyse du taux d'alcool dans l'haleine prouve le taux d'alcool dans le sang; puis, on se fie à l'appareillage certifié par l'État pour bien rapporter ce taux.

Deuxièmement, une présomption d'identité (identity presumption) selon laquelle l'alcoolémie du sujet au moment de la conduite (donc de l'infraction alléguée) correspondrait à celle enregistrée au moment de l'épreuve d'alcootest.

L'inclusion de cette seconde présomption au *Code criminel* est absolument nécessaire à l'efficacité de cette technique : en effet, ne l'oublions pas, l'alcootest ne rapporte que le taux d'alcool du sujet au moment du test et non celui présent au moment de l'infraction, c'est-à-dire lors de la conduite. Pour être probant du degré d'alcoolémie au moment de l'infraction, le résultat du test d'ivressomètre doit être

-
2. Les pages qui précèdent la section «Les alinéas 258 (1) c) et d) : atteintes aux droits fondamentaux» sont tirées de mon commentaire intitulé : De la présomption d'identité de l'al. 258(1) c) du *Code criminel* et de l'effet du métabolisme sur le taux d'alcoolémie : l'affaire *R. c. St-Pierre* (1996-97) 27 R.D.U.S. 318-325.
 3. *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261 [Moreau]; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089 [Crosthwait].
 4. *Moreau*, *supra* note 3.
 5. *Crosthwait*, *supra* note 3.

accompagné d'une présomption à l'effet que ce taux était le même lors de la conduite que lors du test.

Nous traiterons ici de cette seconde présomption en analysant un des moyens pour la réfuter, c'est-à-dire par la preuve à l'effet que l'accusé était, au moment de la prise d'haleine par l'alcootest, en période d'absorption et que, donc, son taux d'alcoolémie était nécessairement plus bas lors de la conduite que lors du test.

Mais faisons tout d'abord un bref rappel de l'état du droit antérieur à l'adoption de la loi C-2.

La décision rendue dans l'affaire *R. c. St-Pierre*

La Cour suprême du Canada a alors traité de la réfutation de la présomption d'identité dans sa décision rendue dans l'affaire *R. c. St-Pierre*.⁶ En l'instance, l'accusée avait été amenée pour fournir des échantillons d'haleine; elle avait dû attendre une heure avant de pouvoir le faire et, dans l'intervalle, elle avait, alléguait-elle, bu le contenu de deux bouteilles de 50 ml de Vodka. Elle soutenait donc que les résultats de l'alcootest ne pouvaient pas indiquer le taux d'alcoolémie lors de la conduite puisque l'ingurgitation de la Vodka immédiatement avant le test avait, évidemment, fait augmenter son alcoolémie.

À la majorité, les juges acceptèrent cette preuve pour établir que l'alcoolémie au moment de l'infraction avait été possiblement différente de celle enregistrée lors de l'épreuve d'alcootest et, ainsi, que la présomption d'identité pouvait être réfutée. Jusque là, fort bien!

Mais, un extrait de la décision majoritaire, rédigée par le juge Iacobucci aurait pu causer problème. On y lit :

Il reste une difficulté soulevée par l'analyse qui précède ou du moins par la nature intrinsèque de la présomption d'identité qui pose en quelque sorte une énigme. Si *toute*

6. *R c. St-Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791.

preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncée à l'al. 258(1)c) serait privée d'effet. En pareil cas, il ne serait pas difficile d'obtenir la déclaration de culpabilité, parce que dans la plupart des cas, l'alcoolémie aurait diminué après l'infraction ou, si elle était allée en augmentant par suite d'une absorption, dans la plupart des cas, elle n'aurait pas augmenté rapidement si aucune autre boisson n'avait été absorbée par la suite. Mais, une fois la présomption réfutée, le ministère public devrait, dans chaque cas, assigner des experts pour établir ces faits et déterminer ce qu'auraient été les alcoolémies maximum et minimum. Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une «preuve contraire», alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

Le juge Arbour s'est penché sur cette question, et a dit, aux pp. 238 et 239 :

Une preuve scientifique tendant à montrer que, dans tous les cas, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une «preuve contraire» au sens de la disposition. C'est qu'une telle preuve serait présentée simplement pour montrer que la présomption est une fiction, qu'elle est mal conçue et qu'il ne convient donc pas de l'appliquer. Pour reprendre les propos du juge Beetz dans l'arrêt Moreau, précité, à la p. 271 ... cette

preuve ne vise pas à réfuter la présomption
[...], elle veut en nier l'existence même.»

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une «preuve contraire», parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption.⁷

C'est cette dernière phrase qui aurait pu causer problème si elle avait signifié que *jamais, quelle qu'ait été la situation*, l'effet du processus de transformation de l'alcool par le métabolisme n'aurait pu être présenté en preuve pour constituer une preuve contraire.

Le cas du prévenu en état d'absorption

Il existe en effet certaines situations (rares, certes!) où l'accusé, ayant été en état d'absorption entre le moment de l'infraction et le moment de la prise d'haleine par l'alcootest, aura eu un taux d'alcoolémie au moment de la conduite qui ne pourrait, scientifiquement, avoir atteint le seuil de 0.08. Refuser une telle défense serait alors, dans un tel cas, un déni de justice, contraire au droit à une défense pleine et entière enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

D'ailleurs c'est, entre autres choses, pour bien voir si le prévenu est dans la phase de l'absorption, du plateau ou de l'élimination que le législateur a imposé l'obligation de lui faire subir au moins deux épreuves d'alcootest à des intervalles d'au moins quinze minutes (sous-al. 258(1)c)ii)).

Voyons un cas concret.

Normalement, la période d'absorption serait de 20 minutes; elle pourrait aller jusqu'à 60 minutes si le (ou les) breuvage(s) a (ont) accompagné un repas copieux.

7. *R. c. St-Pierre*, supra note 2 aux pp. 823 et 824 (nos italiques, sauf pour l'adjectif «toute»).

Imaginons le cas où le repas dura de 20 h 30 à 21 h 30; les consommations alcooliques prises entre 21 h et 21 h 30; le suspect arrêté alors qu'il conduisait à 21 h 40 (c'est à ce moment qu'aurait eu lieu l'infraction). Les échantillons d'haleine sont pris à 21 h 55 et 22 h 10. Les résultats sont alors de 0.09 et 0.10.

On constate que le prévenu est dans la phase d'absorption. Il est donc fort probable que, lors de la conduite, son taux d'alcoolémie avait été beaucoup plus bas. Un expert pourrait alors établir l'exactitude de cette conclusion. Car, ne l'oublions pas, l'infraction prévue à l'al. 253 b) est de conduire ... «lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang». Donc, en l'instance, la preuve pourrait être faite à l'effet que le prévenu n'ait pas pu avoir une telle proportion d'alcool dans le sang *au moment de la conduite*.⁸

La conciliation du droit à une défense pleine et entière avec l'extrait de la décision St-Pierre

Il est vrai que les tribunaux ne peuvent accepter l'argument selon lequel *toute* preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de la prise d'échantillon par l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'il était au volant serait recevable à titre de preuve contraire pour réfuter la présomption d'identité, car l'action du métabolisme modifie constamment le taux d'alcoolémie et alors, c'est avec justesse que le juge Iacobucci le note, accepter une telle plaidoirie équivaldrait à rendre sans effet ladite présomption.

Mais, faut-il le préciser, le juge a souligné dans sa décision l'adjectif *toute*. On y lit :

Si *toute* preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé (sic)
au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle (sic)

8. Voir à ce sujet : *R. c. Desrosiers* (20 juillet 1989), Québec 200-10-000162-870, J.E. 89-1260 (C.A.). *Dufresne c. La Reine* J.E. 88-276 (C.S.). *Piuze c. Québec (Procureur général)* (28 mars 1988), Québec 200-10-000043-872, J.E. 88-529 (C.A.). *R. v. Hummel* (1987), 36 CCC (3e) 8 (Ont. H.C.).

était au volant pouvait être tenue pour une preuve contraire au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas.⁹

D'ailleurs l'adjectif *tous* est repris dans l'extrait du juge Arbour alors cité par le juge Iacobucci :

Une preuve scientifique tendant à montrer que, *dans tous les cas*, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une «preuve contraire» au sens de la disposition.¹⁰

Qu'est-ce à dire? Il nous semble bien que la Cour a établi, fort judicieusement, que l'on ne puisse contester la présomption d'identité en alléguant l'action du métabolisme, ce qui équivaldrait à rendre illusoire ladite présomption *dans tous les cas*. Mais que cet extrait laisse la possibilité, dans certains cas exceptionnels, de soulever à titre de «preuve contraire» le fait que, scientifiquement, le suspect, en phase d'absorption, ne pouvait avoir eu, lors de la conduite, un taux d'alcoolémie équivalent ou supérieur à 0.08.

Il nous semble que ce soit là la seule interprétation compatible avec le droit à une défense pleine et entière, et, en même temps, conforme au respect de la vérité scientifique.

Enfin, n'oublions pas que la question de la compatibilité de cette présomption avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été posée dans *R. c. Phillips*.¹¹ À cette occasion, la Cour d'appel de l'Ontario avait jugé que cette présomption dérogeait à l'article 11 d) de la *Charte*, mais que cette limite à la présomption d'innocence était néanmoins justifiable au sens de l'article 1 de ladite *Charte*.

9. *R. c. St-Pierre*, *supra* note 2 à la page 823.

10. *Ibid.* à la p. 824 (nos italiques).

11. *R. c. Phillips*, (1988) 4 M.V.R. (2e) 239 [*Phillips*].

Et, appliquant la grille d'analyse élaborée précédemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Oakes*,¹² la Cour avait alors constaté que la présomption de l'alinéa 241(1)c) (aujourd'hui 258(1)c)) satisfaisait à la norme relative au lien rationnel entre le fait établi et celui présumé et, qu'elle n'était pas trop lourde, puisque'elle pouvait être renversée par l'accusé s'il parvenait à soulever un doute raisonnable.

It is always open to an accused to meet the presumption by «evidence to the contrary»... For example, evidence of the amount and time of alcohol consumption coupled with the acknowledged margin of error might, in an appropriate case, be capable of rebutting the presumption ... *It is, of course, open to an accused to give evidence of drinking shortly before the breathalyser test together with appropriate scientific evidence and thus establish that the BAC shown by the breathalyser test was higher than that at the time of the alleged driving offence.* This would be «evidence to the contrary» which would rebut the presumption under s. 241(1)c).¹³

Et la Cour s'adressa alors spécifiquement au cas du prévenu qui aurait consommé peu de temps avant l'infraction alléguée [qualifié, par la Cour de «Bulus drinker»] :

*While s. 241(1)c) may appear to cast a special burden on the small group of late drinkers, it is within their power to meet it.*¹⁴

Il nous semble donc que, dans les rares cas où le prévenu aurait été en phase d'absorption et où le témoignage d'un expert pourrait établir l'impossibilité que le taux d'alcoolémie ait pu atteindre le seuil fatidique lors de la conduite, la présomption d'identité puisse alors être réfutée. Il suffira de démontrer (1) que

12. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

13. *Phillips*, *supra* note 11 aux pp. 268-270 (nos italiques).

14. *Ibid.* à la p. 271 (nos italiques).

l'accusé était en phase d'absorption lors de la conduite et (2) qu'il avait un taux inférieur à 80 mg à ce moment.

Suite à la décision rendue dans St-Pierre, un législateur moins implacable que l'actuel avait adopté l'al. 258(1)d)1) stipulant que la présomption d'identité était opérante en l'absence de preuve «tendant à démontrer» qu'en fait l'alcoolémie ne dépassait pas 80 mg.¹⁵

Mais un législateur plus impitoyable veillait au grain! En 2007, la Chambre des communes adoptait la Loi C-2 qui entra en vigueur le 2 juillet 2008; on y trouve deux alinéas qui viennent chambouler les dispositions relatives à la présomption d'identité.

Les alinéas 258 (1) c) et d) : atteintes aux droits fondamentaux

Ce sont les alinéas 258 (1) c) et d) qui posent problème. L'alinéa 258 (1) c) stipule :

Lorsque des échantillons d'haleine de l'accusé ont été prélevés... la preuve des résultats de l'analyse fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques ou au plus faible d'entre eux lorsqu'ils sont différents... [nos soulignés].

L'alinéa 258 (1) d) est identique, sauf qu'il est relatif aux résultats des prises de sang.

15. Tout récemment dans *R. c. Gibson* (2008 C.S.C. 16), cinq juges décidèrent que la «preuve de chevauchement» [terme poétique inventé par le judiciaire] devrait, dans certains cas, être pris en considération alors que quatre la déclarait non recevable.

Arrêtons-nous spécifiquement au cas de l'alcootest.

Selon ce sous-alinéa, la preuve à l'effet que l'alcoolémie de l'accusé au moment de la conduite ne pouvait être supérieure à 80 milligrammes d'alcool à cause de l'effet du métabolisme (i.e. du phénomène d'absorption), devrait nécessairement être accompagnée d'une preuve de mauvais fonctionnement de l'alcootest. Cette obligation d'une double preuve pour renverser la présomption d'identité contrevient évidemment au droit à une défense pleine et entière au sens de l'alinéa 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En effet, la très grande majorité de ceux dont le taux d'alcoolémie au moment de la conduite était beaucoup plus bas que lors de l'analyse risquent d'échouer dans leurs efforts à l'effet d'établir le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest car, depuis l'arrivée de la nouvelle génération d'alcootests, cette dernière preuve est quasi-impossible à faire. D'ailleurs, comment prouver ce mal-fonctionnement alors que le législateur, cohérent, prend bien soin d'ajouter au sous-alinéa d) 1) :

Il est entendu que ne constituent pas une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ou le fait que les analyses ont été effectuées incorrectement les éléments de preuve portant :

- i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,
- ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,
- iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise?

Bref, ici le législateur ne rend pas plus difficile le renversement de la présomption, il le rend presque impossible. La présomption d'identité devient, en fait, quasi-irréfragable. Et alors, le juge, malgré son intime conviction que l'accusé avait un taux d'alcool inférieur au

taux légal, devra néanmoins le condamner, car la preuve du mal fonctionnement de l'appareil n'aura pas été faite.

Les alinéas 258(1) c) et d) contreviennent, de plus, à l'alinéa 11 g) de la *Charte canadienne* qui stipule :

Tout inculpé a droit
(...)

(g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action... qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada...».

Or, d'après le droit interne, constitue une infraction le fait de conduire avec un taux d'alcoolémie établi par le législateur à plus de 80 milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang. Conduire avec un taux d'alcoolémie inférieur ne constitue donc pas une infraction au sens de 253 b) du Code criminel.

Il me semble donc qu'il sera assez facile d'établir qu'il y a une limite importante au droit à une défense pleine et entière ainsi qu'à 11 (g) de la Charte.

Nous entrons donc dans les arcanes constitutionnelles, ce qu'a bien saisi monsieur le juge Lebel dans ses motifs concordants exprimés dans l'affaire *Gibson c. La Reine*¹⁶

Écarter complètement la possibilité que la preuve de chevauchement suscite un doute raisonnable et permette de réfuter la présomption établie à l'al. 258(1)d)1), comme le ferait le juge Charron, restreindrait indûment, à mon avis, la capacité de l'accusé de se défendre, du fait qu'on insiste sur la nature fictive de la présomption d'identité... Sans trop approfondir les questions constitutionnelles non soulevées dans les présents pourvois, signalons que la présomption obligatoire selon laquelle l'accusé doit susciter un doute raisonnable quant à un fait que le ministre public n'a pas

16. *Gibson c. La Reine*, 2008 C.S.C. 16, parag. 76.

établi à première vue risque de restreindre l'effet de la présomption d'innocence, protégée par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'il faut peut-être justifier selon l'article premier. Par exemple, dans Phillips, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la présomption d'identité, l'équivalent de l'actuelle présomption établie par l'al. 258(1)c), était à première vue inconstitutionnelle. Elle est toutefois justifiée selon l'article premier de la Charte, en partie parce que la présomption peut être réfutée par une preuve contraire [Nos soulignés].

La justification

Nous devons donc passer à une deuxième étape : établir, par prépondérance de preuve, que cette restriction au droit fondamental en est une qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.¹⁷ Le fardeau de la preuve repose alors sur la partie qui allègue que la disposition contestée doit demeurer en vigueur. Deux questions doivent être résolues :

Première question : Le but visé par la loi peut-il se justifier? :

L'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution... Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.¹⁸

À notre avis, l'article 258 répond à cette norme car il fait partie d'un ensemble de dispositions visant à contrer la conduite en état d'ivresse. Il suffit de constater les ravages de l'alcoolisme au volant pour conclure que le législateur doit, par tous les moyens légaux, empêcher la conduite sous l'effet de l'alcool.

17. *R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103.

18. *Ibid.* aux pp. 138-139.

Deuxième question : le moyen est-il raisonnable?

Suite à cette question, la disposition faisant l'objet de notre analyse risque d'être frappée d'inconstitutionnalité : les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont-ils raisonnables? Pour l'être, ils ne doivent être ni arbitraires, inéquitables ou irrationnels. Or, en l'instance, alors que l'objectif poursuivi est de dissuader les gens de conduire en état d'ivresse, est-il équitable, rationnel, de condamner des personnes innocentes, des personnes dont le taux d'alcoolémie lors de la conduite était sous la barre des quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang? En outre, est-il rationnel de bannir l'expertise scientifique à l'effet que, vu la quantité d'alcool consommé et le taux de son absorption, l'accusé ne pouvait avoir atteint le seuil fatidique lors de la conduite. Ceci équivaut à rejeter l'apport de la science et, parfois à contraindre le magistrat à rendre une décision contraire à la vérité. Nous avons vu ailleurs¹⁹ que parfois le droit impose aux juges de prendre des décisions opposées à des conclusions scientifiques, mais cependant, jamais furent-ils contraints à refuser à priori d'en prendre connaissance alors qu'elles auraient été présentées en défense dans une cause criminelle. Si le législateur avait voulu établir un seuil d'alcoolémie plus bas, il aurait dû avoir le courage de le baisser dans une disposition spécifique. Plusieurs pays l'ont fait. Mais requérir obligatoirement que l'accusé fasse la double preuve (1) du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest et (2) de l'effet du métabolisme établissant l'impossibilité scientifique que l'accusé ait pu atteindre le taux d'alcoolémie de 80 mg. d'alcool par 100 ml. de sang au moment de l'infraction, pour renverser la présomption d'identité; cette exigence équivaut à empêcher certains accusés d'avoir une défense pleine et entière. Et ce, surtout depuis l'avènement des nouveaux appareils d'alcootest qui rendent quasi-impossibles les preuves de mal fonctionnement. Et, d'ailleurs, pour établir que l'accusé était en période d'absorption au moment de la conduite et, qu'en l'instance, cette personne ne pouvait scientifiquement avoir alors atteint le seuil

19. Pierre Patenaude, *L'expertise en preuve pénale (les sciences et techniques modernes d'enquête, de surveillance et d'identification)*, Cowansville (Qc) Yvon Blais, 2003 aux pp. 202 et ss.

fatidique, il faut référer aux résultats des deux tests d'ivressomètre, donc reconnaître implicitement la valeur de ceux-ci. Le législateur a donc coïncé certains accusés. Ces derniers se trouvent dans l'impossibilité de prouver leur innocence.

L'usurpation de la fonction judiciaire

Imposer aux juges par voie législative de condamner une personne innocente, c'est, de plus, possiblement usurper la fonction judiciaire. Or, c'est exactement l'effet des sous-alinéas 258(1) c) et d). En effet, habituellement l'alcootest fonctionne bien et est correctement utilisé, d'ailleurs, avec les appareils de nouvelle génération, nous l'avons déjà mentionné, le renversement de la présomption d'exactitude est très difficile, sinon impossible. Mais, répétons-le, même si scientifiquement il est établi que l'accusé ne pouvait avoir plus de 80 milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang au moment de la conduite, cette preuve s'avère inutile, au sens de 258(1) c) si elle n'est pas accompagnée de celle du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest. Le juge doit donc condamner un innocent. Le Parlement impose aux juges une conclusion contraire à leur intime conviction.

Or, c'est exactement ce qui s'était passé dans l'affaire *Liyanage V. R*²⁰ décidée par le Comité judiciaire du Conseil Privé; tout d'abord, concédons que le Parlement ceylannais avait usurpé la fonction judiciaire de façon beaucoup plus flagrante que le Parlement canadien ne l'a fait en l'instance. Néanmoins, les principes établis dans *Liyanage* sont pertinents. On y lit :

[Les dispositions constitutionnelles] démontrent une nette intention d'assurer que le système judiciaire sera libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive). Elles sont tout à fait conformes à l'esprit d'une Constitution qui entend que seule la magistrature soit investie du pouvoir judiciaire...aux termes de la Constitution, dans son état actuel, il existe un pouvoir judiciaire distinct que le pouvoir

20. *Liyanage V.R.*, 1967 A.C. 258 [*Liyanage*].

exécutif ou le pouvoir législatif ne peuvent usurper et sur lesquels ils ne peuvent empiéter.

La loi ceylannaise contestée fut donc jugée inconstitutionnelle. Or, la Constitution canadienne prévoit, elle aussi, l'autonomie du pouvoir judiciaire. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867* elle le fait implicitement en lui consacrant un chapitre distinct (Chap. VII, a. 96 à 101); de plus, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, à l'article 11 d) où on stipule que tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant...

Je reproduis quelques extraits du jugement rendu par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Liyanage* pour que vous les méditiez. On y lit :

...Les rédacteurs de la Constitution étaient conscients qu'il importait d'assurer l'indépendance des juges et de maintenir la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire (et aussi, devrait-on ajouter le pouvoir législatif)

[...]

«Ces dispositions démontrent une nette intention d'assurer que le système judiciaire sera libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive). Elles sont tout à fait conformes à l'esprit d'une constitution qui entend que seule la magistrature soit investie du pouvoir judiciaire. Elles ne seraient pas conformes à l'esprit d'une constitution dans laquelle on entendrait que le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif puisse intervenir dans l'exercice du pouvoir judiciaire.

[...]

«Le Parlement a le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de l'île. Ces termes ont été habituellement interprétés dans leur acception la plus large...Leurs Seigneuries ne peuvent toutefois interpréter les termes de l'article 29(1) comme permettant au Parlement

d'adopter des lois dont l'effet serait d'usurper le pouvoir judiciaire de la magistrature...

[...]

«Chaque affaire doit être jugée à la lumière des faits et des circonstances qui lui sont propres, et notamment de l'intention véritable de la loi, de la situation qu'elle visait...et de la mesure dans laquelle la loi influence, par des directives ou limites précises, le pouvoir discrétionnaire qu'a la magistrature de trancher des cas particuliers...»²¹

«[en l'instance] Exprimé très directement, leur but était de faire en sorte que les juges appelés à juger ces individus particuliers sur ces accusations particulières soient privés de leur pouvoir discrétionnaire habituel de rendre les sentences qui s'imposaient.

[...]

[Donc] ces lois étaient ultra vires et de nul effet. [Nos soulignés]

Enfin, les arguments que nous venons d'élaborer pour affirmer que l'alinéa 258 (1) c) est inconstitutionnel s'appliquent *mutatis mutandis* aux alinéas 258 (1) d) et d) i) relatifs aux résultats découlant d'une prise de sang.

Sous l'éclairage de ce que nous venons de lire, posons-nous quelques questions :

- . Quelle latitude est laissée au juge qui est convaincu par une preuve scientifique à l'effet que l'accusé ne pouvait avoir atteint le seuil fatidique du 80 MG d'alcool par 100 ML de sang au moment de la conduite?

21. *Lymanage*, supra note 20 aux pp. 287 à 292, Trad. F. Chevette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, 144 aux pp. 151 à 155.

- . Jusqu'à quel point le législateur qui contraint le pouvoir judiciaire à condamner une personne innocente s'immisce-t-il dans la fonction judiciaire alors que l'indépendance de celle-ci est protégée par la Constitution?

Il nous semble que la réponse à ces questions scelle le sort des dispositions contestées.

Enfin, réalisons qu'avec ces nouvelles dispositions, le juge deviendra, dans certains cas, l'équivalent d'un «guichet automatique», simple dispensateur de peines. Cette innovation inquiète si nous faisons de la prospective : s'il arrivait que d'autres techniques deviennent aussi performantes que l'ivressomètre, se pourrait-il qu'un futur législateur suive la même voie et octroie aux résultats de celles-ci une valeur absolue? Pourtant, nous l'avons vu ailleurs ²² quelle que puisse être la qualité d'une technologie, elle n'est jamais infaillible. Nous l'avons vu en analysant les nombreuses erreurs faites dans l'analyse d'ADN, dans l'identification au moyen d'empreintes digitales, ou encore... dans les résultats de tests d'ivressomètre (sic). Si le pouvoir judiciaire n'avait pas fait une étude critique, si l'avocat de la défense n'avait pas pu présenter les éléments permettant de découvrir l'erreur, dans chacun de ces cas des innocents auraient été condamnés.

22. Pierre Patenaude, *L'expertise en preuve pénale*, supra note 19 aux pp. 141 et ss. spécialement aux pp. 174 à 176. Pierre Patenaude, *De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions* (1996-97) 27 RDUS 1 à 48 voir particulièrement la note 1. Pierre Patenaude, «Le juge, l'expertise forensique et le droit à une défense pleine et entière» dans *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales (la preuve d'expertise)*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2001 aux pp. 35-43.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT CONSTITUTIONNEL : PRINCIPES FONDAMENTAUX

Auteur(s) : Marie-Pierre ROBERT

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : **595-597**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

Page vide laissée intentionnellement.

NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

DROIT CONSTITUTIONNEL : PRINCIPES FONDAMENTAUX*

par Marie-Pierre ROBERT**

Ce manuel de droit constitutionnel regroupe trois sources de droit : avant tout un ouvrage de doctrine, il incorpore de nombreux extraits de jurisprudence et contient, en annexe, des lois constitutionnelles. Il s'agit donc d'un outil tout en un, destiné d'abord aux étudiants en droit. On sent d'ailleurs la vocation pédagogique de l'ouvrage, qui se traduit non seulement par sa nature et sa structure, mais également par la clarté de sa rédaction.

Le droit constitutionnel étant un vaste champ d'étude, l'auteure, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, a dû faire des choix pour n'en présenter que les principes fondamentaux. Ces choix sont judicieux et il en ressort un ouvrage cohérent et complet dans son genre. Ainsi, pour donner un exemple, si les principes généraux relatifs au partage des compétences sont exposés, ce n'est pas le cas des différentes compétences législatives fédérales ou provinciales. En ce qui concerne les droits et libertés, seuls quelques droits et quelques libertés ont été sélectionnés. L'ouvrage ne prétend donc pas couvrir l'ensemble du droit constitutionnel canadien, mais plutôt en exposer les bases.

Le volume est divisé en sept chapitres, dont le premier traite de l'histoire, de la nature et des sources de la constitution canadienne. Après avoir efficacement relaté l'histoire constitutionnelle canadienne, l'auteure définit la constitution du Canada.

*. Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2007.

** Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Le deuxième chapitre est consacré à l'État de droit et à la primauté du droit. Des extraits de jurisprudence classique, comme du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹, complètent l'analyse. Le troisième chapitre, portant sur la démocratie représentative, traite non seulement de la démocratie, mais des organes qui la mettent en œuvre au Canada et du régime parlementaire dans ce contexte. Ce chapitre comporte de bons liens et de bonnes distinctions entre le droit et la politique ainsi que certains tableaux qui schématisent la matière, toujours dans une perspective pédagogique.

Le chapitre suivant, dédié aux tribunaux et à la séparation des pouvoirs, traite de la création et de la compétence des tribunaux, de la nomination des juges ainsi que des liens entre les tribunaux et la primauté du droit, ce qui inclut l'analyse de l'indépendance de la magistrature.

Le chapitre cinquième, qui porte sur le fédéralisme canadien, couvre l'interprétation du partage des compétences et la détermination de la validité d'une loi. L'approche critique, que l'on retrouve aussi dans d'autres chapitres, se fait sentir plus clairement ici, entre autres par rapport au pouvoir fédéral de dépenser.

Vient ensuite l'étude des droits et libertés de la personne, qui fait l'objet du sixième chapitre, lequel contient de plus nombreux extraits de jurisprudence. Après avoir couvert les fondements des droits de la personne, ce qui inclut l'analyse des instruments de protection des droits antérieurs à la *Charte canadienne des droits et libertés*², Nicole Duplé procède à l'analyse de cette dernière. Elle interprète certains droits et libertés, soit les libertés de religion, d'expression et d'association, le droit protégé par l'article 7 de la Charte ainsi que les droits à l'égalité.

1. [1985] 1 R.C.S. 721.

2. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Le dernier chapitre est voué à l'étude de l'amendement constitutionnel, autant avant qu'après le rapatriement de la constitution. Les projets de modifications constitutionnelles avortés, puis la question de la sécession du Québec sont ensuite présentés. L'ouvrage se termine d'ailleurs sur un extrait du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³, ce qui étonne beaucoup, car, malgré l'importance capitale de ce renvoi, une conclusion en bonne et due forme aurait certainement amélioré le manuel.

La *Loi constitutionnelle de 1867*⁴, la *Loi de 1982 sur le Canada*⁵ ainsi que la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶ complètent l'ouvrage.

Par rapport à l'édition antérieure, une bonne cinquantaine de pages ont été ajoutées. Des extraits de jurisprudence plus récente, comme ceux de l'affaire *Charkaoui*⁷ ou de la *Banque canadienne de l'Ouest*⁸ permettent en outre d'actualiser le livre.

Il s'agit donc d'un manuel qui pourra guider dans l'apprentissage et l'enseignement du droit constitutionnel. Comme la compréhension de la jurisprudence est essentielle à la maîtrise de cette discipline, les extraits incorporés à l'ouvrage sont bienvenus. On peut cependant se demander s'ils sont suffisants, c'est-à-dire s'ils permettent de remplacer le traditionnel recueil de jurisprudence. Il appartiendra à chaque professeur de trouver sa réponse à cette question : alors que certains pourront utiliser uniquement l'ouvrage, d'autres souhaiteront peut-être le compléter avec un petit recueil.

3. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

4. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) [*Loi constitutionnelle de 1867*].

5. *Supra* note 2.

6. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4.

7. *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9.

8. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT PRIVÉ COMPARÉ

Auteur(s) : Yaëll EMERICH

Revue : *RDUS*, 2007-2008, volume 38, numéro 2

Pages : 599-601

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI :

Page vide laissée intentionnellement.

DROIT PRIVÉ COMPARÉ^{*}

par Yaëll EMERICH^{**}

Dans son ouvrage *Droit privé comparé*, le professeur Jean-François Gerkens de l'Université de Liège, propose au lecteur un dépaysant voyage, une sorte de parcours initiatique destiné à l'étudiant avide d'en apprendre davantage sur les systèmes juridiques avoisinants.

Une introduction rapide rappelle le rôle d'Édouard Lambert et de Raymond Saleilles dans le développement du droit comparé et dans la volonté de penser un «droit commun de l'humanité» et insiste sur les raisons de pratiquer une telle discipline, afin que le droit ne se développe pas «dans un milieu clos, autosuffisant et immuable»¹.

Puis, une succession de quatorze chapitres s'enchaînent, qui traitent successivement du droit romain, du droit français, du droit allemand, du droit anglais, du droit autrichien, du droit suisse, du droit italien, du droit néerlandais, des droits espagnol et portugais, du droit du Proche-Orient et du continent africain, du droit civil en Amérique du Nord, du droit de l'Amérique latine, du droit chinois et du droit japonais. La plupart des chapitres comprennent un volet historique, une description de l'évolution ayant conduit à une codification éventuelle de ce droit, ainsi que l'énumération des principales caractéristiques du droit étudié. Chaque chapitre est généralement clos par la question de la réception de ce droit spécifique à travers le monde.

Le lecteur qui s'attend à y trouver une véritable comparaison, au sens d'une mise en relation, des principaux systèmes de droit privé risque de rester sur sa faim, ou plutôt de

*. Jean-François Gerkens, *Droit privé comparé*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2007.

**.

Professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill.

1. Jean-François Gerkens, *Droit privé comparé*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2007 à la p. 14.

subir les conséquences d'un excès de gourmandise juridique. Difficile en effet de faire une synthèse comparative significative de l'ensemble de ces droits en tout juste deux cent cinquante pages.

Si le titre de l'ouvrage est sans doute trop ambitieux, il n'en reste pas moins qu'il se lit aisément et fournit des clés de compréhension et des repères utiles. Ainsi glanera-t-on des éléments intéressants tant sur la procédure formulaire du droit romain, que sur l'histoire de la codification allemande ayant conduit à l'adoption du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), ou sur les règles «li» du droit chinois impérial, imposant un «comportement adéquat»². La méthode casuistique commune aux juristes anglais et romains³ est évoquée, de même que le développement de l'ascendance des pandectistes allemands sur le droit italien⁴.

Sans prétendre à l'exhaustivité – l'auteur s'en défend lui-même – ni sans doute à une véritable mise en regard ou confrontation des systèmes étudiés les uns par rapport aux autres, l'ouvrage sera sans aucun doute utile à quiconque s'intéresse à la codification et à son histoire. Ici réside pourtant l'une des ambiguïtés de l'entreprise : après avoir insisté sur les méfaits de la codification, en affirmant que

le seul résultat tangible imputable aux codifications est certainement la mise mal de la tradition juridique européenne. Ainsi, depuis que les différents États européens ont codifié leur droit, le droit privé s'est *nationalisé*; il est désormais lié à un territoire géographique restreint,⁵

l'auteur ne tente pas moins de rendre compte des grands mouvements de cette codification à travers le monde.

2. *Ibid.* à la p. 221.

3. *Ibid.* à la p. 130.

4. *Ibid.* à la p. 163.

5. *Ibid.* à la p. 17.

À la défense de l'ouvrage, on avancera que son principal mérite est non seulement de fournir à l'étudiant un manuel d'initiation à différents systèmes juridiques, mais également de rappeler, à l'heure où l'opposition entre les systèmes romano-germaniques et les systèmes de common law est souvent exacerbée, qu'il existe des points de contact entre les systèmes et, au-delà, que l'hégémonie que pourrait entraîner une étude exclusive des droits civils français et allemand d'une part, ou de la common law anglaise et américaine d'autre part, ne doit pas faire perdre de vue les autres systèmes juridiques, trop souvent délaissés, mais qui comportent leur lot de subtilité et de richesse. Une telle démarche prend tout son sens lorsqu'il s'agit, notamment, de penser un droit au-delà des systèmes, en imaginant un droit transsystémique⁶.

6. Voir entre autres: H. Patrick Glenn, «Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions» (2005) 50 R.D. McGill 863 et «Mixing it up» (2005) 78 :1 Tulane Law Review 79; Nicholas Kasirer, «Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos» (2002) 52 J.Legal Educ. 29; Daniel Jutras, «Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions» (2000) 52 R.I.D.C. 781.

